

مركز ريتيه - جان ديوي للقانون والتنمية

الْقَابِضَةُ الْقَضَائِيَّةُ
عَلَى
دَسْتُورِيَةِ الْقَوَانِينِ
فِي مَلَايْجَا الْبَرْلِسِيَّةِ

المستشار الدكتور

عَوْضُ الْمُرْ

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا

إهداء.....

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتي الغالية التي لولا صبرها علي،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.



عرفان وتقدير

~~~~~

ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالمًا جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، تبناه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعده للطبع في مطابع جامعة سنجور التي شرفت برئاسته لها ..... إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع .....  
الدكتور/ أحمد القشيري.

وإني إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه عنى خير الجزاء، وأن يكون الله جل علاه، رفيقه في كل خطوة بخطوها.

المستشار الدكتور

عوض محمد المر





## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### تقديم

١- مباشر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وألّفدها بتوليده، حتى تنفرد به.

ومنذ إنشائها، وهي تولج الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي أرتضتها الجماعة لتحدد على ضوءها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ أخذة في اعتبارها أن النظرة الأعمق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها، ويقم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا منطوياً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهي تتولى التفسير النهائي لأحكام الدستور- بأمرين في اعتبارها:

أولهما: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحرفها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تجر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخة في بيداء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى صورة واقعية يعيشونها ويفيدون منها، وهي بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح للحياة، ويعد تشكيلها على ضوءها.

ثانيهما: أن غموض بعض نصوص الدستور أو فرطتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معان أكثر لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تنوّل الدستور بالتألي المرونة اللازمة التي تقتضيها مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية -وعلى ضوء ما أصابها من تطوّر، واقتحامها مسائل تتعدّد جوانبها وتتباين الآراء حولها- لم تعد اجتهداً قائماً فقط على إعمال حكم العقل، بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية تخططها من أفرع القانون التي تستلزم عن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص للقانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضرائبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين الفصل في دستوريته على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النفس البشرية جوهرها، والتي يرد تشويهها بخطاهم إلى السوء، فلا يقومون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

#### ٤- بيد أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:

\* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما يتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تتحصى مهمتها في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدماً؛ ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تلبيةها.

\* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل في النظرة الأمثل للنصوص التي يتضمنها، والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزءاً متناثرة، وإنما يقرّبها التفسير الصحيح لها -وبافتراض تعاضدها- من بعضها.

\* أن كل تفسير لنصوص الدستور، ينبغي أن ينطلق من تصور مبني مؤداه أن أكثر معانيها ضمناً لرقى الجماعة، هي التي ينبغي التزامها ورفقاً عندها.

ويتحقق ذلك بالإطلاع على الأفاق الجديدة التي ترتبط فيها دستورية القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي نسمو في الدول القانونية عليها، وننقذ هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

\* أن تنوع حقوق المواطنين وحرياتهم التي يكفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتكافأ في منزلتها القانونية.

فلا نتكبر فيما بينها، وإن كان من المسلم أنها لا تتعامل في أهميتها، ولا في قدر إسهامها في تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوفق الأغراض التي رصد عليها.

\* أن الدستور يكفل لحقوق المواطنين التي نص عليها في صلبه، الحماية من جوانبها العملية، لا من معطياتها النظرية.

ولئن جاز القول بأن ضمانها يتحقق من خلال تدابير متنوعة، من بينها تلك التي تتخذها جهة الإدارة؛ إلا أن الوسائل غير القضائية تقصر في كل الأحوال على أن تقدم لمن يلونون بها، الترضية التي يأملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. وبظل أثر هذه الترضية كذلك مقصوراً على طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية الدستورية التي يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن أفرادها بالفصل في المسائل الدستورية؛ ومن الحجبة المطلقة لأحكامها التي تقيد الدولة بكل فروعها والناس أجمعين؛ ومن تكافؤ المتقاضين أمامها؛ ما يؤهلها لفرض سيادة الدستور كأساس وحيد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان لحرية الفرد.

\* أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا ترد دوماً للقيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء القيم التي عاصرها، لصار الدستور معبراً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ من ١٩٩٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يعدل الدستور ليواكبها، ظل واقعاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاشها، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وإفعال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعِنُّها على الصمود.

\* إن أكثر ما يورق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتتظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تنهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أنماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلقون دروسهم من شرفة عالية؛ وفي فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها - وبالرغم من حداثة نشأتها - لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحرياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحتها ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متاعظاً ومؤثراً في فروع القانون جميعها، مدحلاً كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلاً إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها آفاق مترامية تقصر عن بلوغها حرقية نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه بغير دفاعها عن الحق والحرية كطريق لا يتبدل فيه، مما سارع بخطاها كقوة لها ثقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرائدة لحماية أكثر فئاته لحقوق مواطنيها وحرياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قبل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه عام، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توافر القضاء المقارن على تطبيقها في مجال الشرعية الدستورية، وإن أغفلها بعض الفقهاء في مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يناجزونها عكسهم بقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأموالهم، وممالأً للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويهاً لكل عمل صادق.. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لأختصاصاتها التقديرية، وإضرارها بمصالح عريضة لمواطنيها، وإخلالها بأوضاعهم الاجتماعية التي استطلت ثباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعنيها أن تتنازع السلطة التشريعية في موقفيها، إلا إذا جاوزت الحدود التي رسمها الدستور للقوانين التي تقررها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور؛ وربطها بين نصوصه؛ وتحليلها لغايتها؛ وعلى الأخص في مجال القيم التي اعتنقها المجتمع في مجموع أفرادها، وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحرياتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة أخلاقية، بل بوصفها وثيقة فسي إطار منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافيها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تفصل كل حق وكل حرية، وتبين التدابير الفرعية والجماعية التي يجوز للتدخل بها لصونها، وعلى الأخص في الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التي تميل كثرتها إلى اللجوء على حقوق مواطنيها وحرياتهم-التي صار الإيمان بها في الدول الديمقراطية، جزءاً من أعرافها.

٦- ولا شبهة في أن ولاية السلطة التشريعية لا تعطى على المحكمة الدستورية لطبعا التي تراقبها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تتقيدان معا بغير أحكامه، ولا تتجران عن القيم التي احتضنها، بل تتوزيان في الخضوع لأوامره ونواهي.

ولا يتصور بالتالي، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يتعاملوا كخصمين يتحاران، إذ هما مؤسستان أقامهما الدستور، ليكون تعاونها وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصانة لها، ولا يصححها قنمها. فضلا عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة، مؤداه تراكمها واتساع دائرة العلوان التي تحيط بها.

٧- وتزداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال انسحابها إلى كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

ومن ثم تعامل نصوصها كقانون في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يغلبون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية، أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إلغاؤها.

بل إن نصوص للمعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى في مجال تفسيرها وتطبيق قواعد القانون الدولي عليها.

ذلك أن القبول بها تراضياً على أحكامها. قد يكون منتقياً. وقد يثور نزاع في شأن نطاق تطبيقها، أو في مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على صعيد جواز تجزئة أحكامها؛ وإمكان وقفها وإنهائها.

وتظل للمعاهدة في كل صور تطبيقها -أيما كان موضوعها- قوة القانون.

واعتبارها كذلك، يخضعها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مذاهج هذه الرقابة وضوابطها في شأن المعاهدات الدولية، ينبغي أن تكون أكثر اتقافاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تتمحض الرقابة القضائية على دستوريته، عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها. بل تتداخل في تقييمها كل العوامل التي تتصل بمناسبة إبرامها، والأوضاع التي تواجهها، والآثار التي تحدثها في علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية للشخصية لا تعتبر قيمة مجردة من حقائقها، ولكنها تمثل من النفس البشرية. أعمق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تكل القيود عليها على شهوة التحكم، وعلى الأخص من خلال نصوص جنائية لا تستهضها الضرورة الاجتماعية، كنص المادة ٨٠/د من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تفرض المحكمة الدستورية العليا رقابتها في أكثر أشكالها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تتمحص امتيازاً لمن يزولوها؛ ولكنه يباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها ويتقويض منها.

ولا يجوز بالتالي أن تتمحض القوانين الجنائية لإيلا ما غير مبرر؛ ولا أن تكون شباكاً أو شركاً يلقيها المشرع، متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها؛ ولا أن تكون نافية لضمانة الدفاع؛ ولا أن تنال من أصل براءة المتهم من خلال قرائن تحكيمية تقتض بها مسؤوليته عن الجريمة؛ ولا أن يساق إلى جزاء بقرره المشرع بأثر رجعي؛ ولا أن تهدر أمنيته من خلال عقوبة تتسم بقسوتها، أو ينافي شذوذها مظاهر الاعتدال؛ ولا أن يدان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل القانونية؛ إبطاراً شكلياً لحقوق صورية في حقيقتها، بما يقوض فرصه في حياة آمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -بمضمونه- حدود إقليمها، وصار لافتاً بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن "القاعدة القانونية في العالم العربي" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكلها وولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مدخل متماسكة، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تواجه بلدها<sup>(١)</sup>.

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وآمل أن تثابر المحكمة للدستورية العليا، على أداء هذا الدور، ولا ينقطع جهدها في ذلك.

١٠- تلك ملامح عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها في مجال بيان الشرعية الدستورية، التي جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التي ترتبط مهامها بقوة أحكامها وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وبذاتها عن أن تكون طرفاً في صراع سياسي عقيم إما كان مداه؛ ويحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وتسلطاً؛ ومزاوجة الحق بالقوة هي الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحرماً.

ومؤلفي هذا اجتهاد على طريق تواصل خطاه، وآمل أن يكون صائباً في أهم المسائل التي تناولها. فإن قصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ في بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً للرقابة على الشرعية الدستورية في ذاتها؛ من جهة مصادرها وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض في أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحرياته المدنية والسياسية. فلذا أذن الله لي بأن أتم بحثها، أعقبها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لنص إلى خاتمة العقد ممثلة في الحقوق الجديدة -كالحق في التنمية- التي تطور بها الجماعة من نفسها ليحيا الفرد في نطاقها متكامل الشخصية حقاً وصنفاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

(١) Nathan J. Brown [The George Washington University] "The Rule of law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf", Cambridge University Press, 1997. p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

## الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

### سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغاير بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التي تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخريين على الرضوخ لسلطونها، هي التي تعطيها المكانة المتفردة في مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التي يطلبها كرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال الدولة. فلا ينترع بيده ما يريد لقتضائه. وصار لازما بالتالي، ألا يكون استعمال الدولة لسلطتها القاهرة التي تنفرد بها في مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعي من خلال القواعد القانونية التي ترفضها. وهي قواعد تنفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتفويض منها، سواء كان هذا التفويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه القواعد هي التي تشكل في مجوعها القانون الوضعي، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة للحماية التي يكفلها لحقوق الأفراد وحرياتهم، موحداً بين الدول جميعها، وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التي تملكها، والتي تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة الملزمة لقواعد القانون الوضعي، يفسرها أن الدولة هي التي تحمل المخاطبين بها -أيأ كان مركزهم الاجتماعي- على النزول عليها.

ومن ثم صبح القول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زاوية إقليمية وسيادية.

وهو ما يعنى ذاتيتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ وانفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محورا لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها في القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم تبسط عليه بأسها؛ وانفرادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها.



٣- بيد أن مفهوم السيادة تآثر بالنظم الديمقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية<sup>(١)</sup>، وركزتها المملكة المتحدة في برلمانها، واعتبرها جان جاك روسو سيادة شعبية.

كذلك وقع التباين بين الدول في كيفية ممارستها. فالنظم الديمقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من ينيهم المواطنون عنهم في مباشرة السيادة، وهي بعد نظم تفاير في مضمونها نظم الديمقراطية المباشرة التي يزاول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص السيادة، ويجمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار في كل أمر يتصل بحياتهم اليومية مثلما كان عليه الأمر في الديمقراطية الأثينية<sup>(٢)</sup>، وهو ما قام الدليل بحدوثه على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً لضمان مباشرة السيادة في حدودها المنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تفرض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كي تقيدوها؛ وألا تنظر إلى الدستور كوثيقة منحها لمواطنيها جهة أية كان قدرها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديمقراطية التي يندرج تحتها الفراغ نصوصه في شكل قواعد قانونية تقرأها جمعية منتخبة، أو طرحها على المواطنين في استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوماً أن الدستور، وإن تعلق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها؛ إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التي احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التي تجعل تعديله عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥- من ثم كان منطقياً ضرورة التمييز بين دساتير مرنة تكون لنصوصها المرتبة ذاتها التي تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها في مجال تعديلها، قواعد إجرائية غير التي يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية في مجال إقرارها القوانين أو تعديلها.

(١) قررت الحكومة التمثيلية لأول مرة بفرنسا عملاً بدستور عام ١٧٩١ الذي يقضى بأن الأمة التي تُستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن يُفوضها إلا عن طريق الإثابة.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

(٢) كان الاجتماع يتم في مكان عام يسمى L'agora ولا تزال هذه الديمقراطية المباشرة تلعب دوراً في بعض الكائنات السويسرية.

وهذا التمييز بين الدساتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن منطق علو الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتطرق بمضامين نصوصه سواء في مجال تنظيمها للسلطة أو تدولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التي تتصل أولاً بتكوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تتبثق عنها السلطان التشريعية والتنفيذية، فلا تكونان إلا من خلقها، ولا تقيدان بغير القواعد التي تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هي التي تحيط بتعديل نصوص الدستور بقواعد لها من جبرامتها ما يغير بينها وبين تلك التي تلزمها السلطة التشريعية في تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التي تتصل بعملية تكوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة القوانين التي تضعها السلطة التشريعية.

بما مؤدها أن الأوضاع الشكلية وحدها، هي التي تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. وبدونها لا تكون للدستور -ويغض النظر عن الطبيعة الأمرة لقواعده- المكانة الأعلى<sup>(١)</sup>.

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إيداع القواعد القانونية التي تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، في وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفيا، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع للعام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتكوينها، مثلما هو الحال في المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندا.

فلا تكون الدساتير العرفية إلا ثمرة تطور تاريخي أفرز في النهاية نصوصها.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، ص ٤٠٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية التحية.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة في بعض أجزائها، وعرفية في بعض جوانبها. وقد تكون أجزاءه العرفية مصادمة في بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة في الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتا أن القواعد الدستورية العرفية، هي التي تنتم بإطراد العمل بها، والاقتناع بضرورة تطبيقها، والكضوع لها، شأنها في ذلك شأن القواعد المدونة.

وفي الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفي مرنا. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعني حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرنا، وغير المدون جامداً.

٧- وسواء كان الدستور مدونا أو عرفيا، فإن سيادة الدستور لازماً أن نهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية تليها في مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التي تعلو بقامتها فوق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية -سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتدرج القواعد القانونية فيما بينها، كل يطو القاعدة القانونية التي تكونه، ويجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور في النهاية -ومن خلال هذا التدرج- غير ضمان نهائي لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يفترض بالضرورة، أن يكون النظام القانوني -في مجموع مكوناته- متحررا من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعدا هرميا في السلطة التي تؤسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة في حقيقتها على تدرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهي رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يعارضونها، ويأتون عملا على خالفها.

فالمسلطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا في الحدود التي يكون فيها نشاطها واقعا في إطار الدستور، وموافقا بالتالي لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على للشرعية الدستورية، لا تبشر ولايتها بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تُعنى بأن تعطيها على ضوء القواعد التي حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التي يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر عمقا، وصرامة وثوقا، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغي أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التي تبطل بها قوانين السلطة التشريعية -التي تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية- تعارفا وثقا لتحقيق الخير العام- قد يؤول إلى عدوانها على السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرهابهما بقيود تعطل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد القانونية فرع من تطبيق القضاء لها في نزاع مطروح عليها.

ولا يقع هذا التطبيق بعيداً عن نترج للقواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءاً من عملية التطبيق القضائي للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انفراط نصوص الدستور المنظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج في التفسير تكفل لها الفضل ضماناتها.

٨- ومواء كان الدستور قد أنشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها قلقلًا؛ أم كان الدستور قد دخل هذه الجهة مباشرة رقابتها في شأن النصوص القانونية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنتين من تطبيقها، وتعلق كثير من الحقوق بها؛ فإن الرقابة القضائية على الدستورية تظل ضرورة. فلا يكون التخلي عنها إلا عملاً مناقضاً لجوهر الشرعية الدستورية، بل هو انتقاض على.

وتحويل هذه الرقابة لجهة سياسية، سواء بمنحها الاختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذه، لن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، ولن يعطيها دوراً مؤثراً في مجتمعها.

ذلك أن هذه الجهة السياسية في خصائص تكوينها، أن تكون قادرة على الفصل في مسائل قانونية بطبيعتها.

وإن يكون تشكيلها كذلك غير عملية لانتقالية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو هما معاً، لنصطفى بنفسها من خلالها من تقدر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بال تعيين في جهة الرقابة القضائية على الدستور، لنقد هذه الجهة استقلالها أو حيبتها للذين يعطيها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يقرّبها من السلطة التشريعية، وقد يعطيها الأهمية ذاتها التي لهذه السلطة، أو يجعلها على الأقل مزاحمة لها، بما قد يعطل نشاطها بصفة نهائية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن نباشرها جهة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيدة وإنصافاً.

وليس لازماً أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن نباشره في إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلى الأقل في حدها الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة للنقض مضافاً إليه رقابتها على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>؛ أم كان الاختصاص بنظر المعامل الدستورية معقوداً لمحكمة مركزية تتحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها في ذلك محكمة غيرها، مثلاً هو الحال في مصر وفي جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفي إيطاليا وفي كثير من الدول الأوروبية؛ فإن طرق التداعي أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها، تتحدد أساساً بنصر في الدستور، وقد يصدر المشرع قانوناً مكملًا للدستور في ذلك، وبمراعاة أن رقابة المحكمة في شأن النصوص القانونية

(١) انظر في ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، كتبه أربعة فقهاء فرنسيين هم:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude RICCI, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلاً هو الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية التي تبشر من خلال ولايتها الاستثنائية، رقابتها على الشرعية الدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلاً مجموعة من الضوابط تتمثل في شرط الوسائل القانونية السلمية وشرط العقولية، وشرط التكافؤ في المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة من بينها السلطة التشريعية، إلا أن تحويل جهة الرقابة على الدستورية للكلمة النهائية بشأنها، يجعل صوتها -مرجلاً لجلال أحكامها- هو الأعلى.

بل إن أحكامها هذه، ينبغي أن ينظر إليها؛ بحسبانها مورداً متجدداً يغير معاهيم القانون الدستوري، ويثريها.

ذلك أن نقطة البداية في دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حقيقة القيود التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتنفيذية. وهي قيود لا يجوز لإحدهما أن نقبلها، ولو كان بيدها إغواء المال وسطوة القوة<sup>(١)</sup>.

وكلما أقم الدستور إلى جوار هاتين السلطين جهة للرقابة القضائية على الدستورية، فإن مهنتها أن تقتصر على مجرد ملء فراغ في النصوص، ولا على تفسيرها؛ وإنما هي القيم التي تستنفذها من هذه النصوص، وتطور من خلالها الأوضاع والاقتصادية والاجتماعية القائمة.

بل إن الحلول التي تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيها وتطلعاتهم إلى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغي دوماً أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجسون في مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتعلقون بها، فلا تتعزل مفاهيم هذه النصوص عن واقعها؛ إنكفل لِهؤلاء الأشخاص حقوقهم التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها؛ وحررياتهم التي لا يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التي يتعين إرساؤها، ومناهج التفسير التي لا ترق آمالهم فسي معاملة قانونية لا تمييز فيها، ولا تخل كذلك بسعيهم إلى سعادة تظلمهم<sup>(٢)</sup>.

(١) يقال عادة في الدفاع عن تولي السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة ضعيفة لا تملك سيم الأمر لو دعيه.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4, 1776.

وحقوقهم وحرياتهم وآمالهم هذه، لها غاياتها التي لا يجوز أن تقوضها السلطة سواء بطغيانها أو بلامبالها؛ أو بإنكارها أن الناس جميعهم حقوقاً طبيعية وجهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها حقهم في الحرية الشخصية؛ وفي الإرادة الاختيار؛ وفي ملكية يحوزونها ويستأثرون بمنافعها، وفي ألا تخضعهم سلطة لأبسا - وقد خلقهم الله تعالى أحراراً - بغير موافقتهم التي يفترض أن نتقيد بحدود الدستور والقانون.

## (٢)

### بين توحيد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها في يد واحدة، سواء في صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التي تباشرها إلا قابضة في شخصها - وفي مواجهة الدولة - على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك في النظم الديكتاتورية التي يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى في هذه النظم التي تنور السلطة فيها حول محور يفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع للتخلي عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها في شكل مشورة تبديها، وعلى الأخص كلما كان ذلك ملائماً من أجل إنقاذ مظهر الديمقراطية.

وحتى في الأحوال التي توجد فيها سلطتان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحيد السلطة كثيراً ما يتحقق بإخضاع أولاهما للثانية.

ولا يقال عندئذ بأن السلطة جميعها، وفي كل أشكالها، بيد جهة واحدة، وإنما الأدق أن ننظر إلى السلطة المهيمنة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الائتمار بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوزيان قدراً ولا تكافئان أهمية. وإنما تمتص أهما السلطة التي تقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، لتظل السلطة الحاجزة هي الأعلى، تحيط بسلطانها حقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد تتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما ينتزع منها فرصة المبادأة في اتخاذ القرار، ويخضعها ميامياً لسطوة السلطة التشريعية، سواء فسي صورة واقعية أو قانونية تجد سندها - عند المدافعين عنها - في أن المبادأة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية في السلطة التشريعية التي تنفرد بالتعبير عنها، والتي تتخذ من أجل تحقيقها كل التدابير والأعمال الهامة في حياة وطنها، مع التخلي عن بعض المهام التي لا يسعها أو لا يلائمها النهوض بها، إلى سلطة أخرى تقيمها إلى جانبها، وتتبنى عنها، فلا تعادلهما في اختصاصاتها ولا في وزنهما<sup>(١)</sup>.

(٣)

### فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطوراً عميقاً في المفاهيم القانونية والفلسفية والخطية، حمل في ثناياه فصلاً للسلطة من خلال توزيع مظاهرها بين أكثر من جهة. واتخذ هذا الفصل صورتين يكون في إحدهما كاملاً؛ وفي أخراهما مرناً أو نسبياً.

وهو يكون كاملاً وصارماً، حين تكافأ السلطة التنفيذية قانوناً مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتعويض من السلطة التشريعية، ولكنها تتلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية امتيازاتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها فسي ممارستها. وقام الدليل بعنذ من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلاً كاملاً، ليس إلا تصوراً نظرياً وعقياً. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزاوجهما قدر من التعاون، يقتضى أن يكون الفصل بينهما مرناً، فلا يحملان كجزيرتين منعزلتين في بحر خضم؛ ولا يقبعان وراء جدران حازة؛ ولا يقيمان حدوداً قاطعة بينهما تتحدر بهماقتهما ببعض إلى أنسى مستوبلثاتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابياً متصاعداً وخلاقاً. وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل المتقابل - بين ولايتهما.

(١) وجدت حكومة الجمعية التشريعية في فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية بنفسها مجلساً تنفيذياً من ٢٤ عضواً عينتهم الجمعية لا يملك في مواجهتها سلطة التزير. فلا يكون المجلس إلا تابعاً للجمعية التي لا تخضع. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة يوسعها حل البرلمان بشروط معينة.



١٤- وقد دافع Montesquieu -على مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليخصص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التي تباشر السلطة عن بعضها، قائلاً بأن الدولة مهام اجتماعية رئيسية تلزم وظائفها المختلفة. وتتمثل وظائفها هذه في سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشؤون الدولية؛ وسلطة معاقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يحرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه في يد واحدة، يخلوها حق التحلل من القوانين التي أقرتها، والعمل على توقيفها -سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التي يرد إليها مبدأ الفصل، وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى العتوان، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغي أن يكون هدفاً ثابتاً ضماناً للحرية وتوكيداً لها، فلا تنزع السلطة موطنها، أو تنثر خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالي أن تباشر جهة واحدة، مظاهر السلطة في أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية، وسلطة قضائية، لتسياس على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقرارها<sup>(١)</sup>، على أن يكون مفهوماً أن الحرية لا ترخص لأحد بإتيان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل في إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التي يملكها والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤداه أن الحرية هي حق إتيان الأعمال التي يرخص الدستور أو القانون بها، ويأذن كذلك بإجرائها في إطار من الشروط المنطقية التي تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصالحها.

ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالي بغير مراعاة موازين الاعتدال *La modération* التي تحول دون إساءة استعمال السلطة وتحرفها، ذلك إن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

(١) وقد نكث أبراهام مونتسكيو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات بوجه عام لم يقرر بقصد مجرد ضمان حكومة قلقة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لصون الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, (1988).

بأن الذين يحوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها في غير أغراضها، وأن منعهم من مجاوزة الحدود المنطقية التي يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعقولة. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التي يباشرونها بسلطة توقفها *Le pouvoir arrête le pouvoir*.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد واحدة، إنهاء للحرية التي تُمنحها قوانين سيئة يتم تنفيذها بصورة عدوانية.

كذلك فإن دمج السلطة القضائية في السلطة التشريعية يحول قضائتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإلحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويعد لهم شرابيين الطغيان.

ولا مفر بالتالي من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

#### تقسيم السلطة ضمان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضماناً ضد الطغيان، وتوثيقاً للحدود التي احتجز الدستور دخلها ولاية كل فرع منها؛ وكان ثابتاً كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقاً، ولا منها كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حائلاً دون تبادلها الرقابة فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض<sup>(١)</sup> *Cheques and balances*؛ إلا أن نطاق الولاية التي يباشرها كل فرع وفقاً للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها *Conflict - producing ambiguities*، وإلى فضها لخلافاتها عن طريق القوة السياسية التي تحتكم لها بما يمسخر أدواتها في الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفي ذلك خطر كبير لا يقم إظهاره غير اقتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة في جهة واحدة<sup>(٢)</sup>.

(١) يتدخل عمل هذه الأفرع مع بعضها. فحق الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية في شأن الجرائم التي ارتكبتها، مخول أحياناً للسلطة التشريعية.

(٢) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc, 1991, p.311.

ويظل واضحاً أن فصل أفرع السلطة عن بعضها، مردّه إلى نصوص الدستور ذاتها التي لا يجوز - في مجال تحديد معانيها - أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغي أن نعتد بما نقرؤه بين سطورها من مفاهيم كتبتها الحياة فوقها<sup>(١)</sup>.

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما مؤداه أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية - ولو كان الدستور لا يظاهاه بنصوص صريحة - لا يجوز معارضته، إذا كان ترديداً لأعمال ألتها من قبل بصورة مطردة، ولأزمان مترامية؛ وكان اتصال هذه الأعمال بعم السلطة التشريعية - بغير منازعة منها - ثابتاً على امتداد حلقاتها.

(٥)

#### فصل السلطات لا ينبغي تدخلها

ولئن صح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور - يتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعض مظاهرها، إلا أن للتدخل الجزئي لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعاون الأفرع التي تباشرها - لا يعني دمجها ببعض Partly interacting and not wholly disjoined.

#### وينبغي أن يلاحظ كذلك ما يلي:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلاً لإنفاذ مجموع سلطاته التي صرح الدستور بها. فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كامنة في سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم عملية الاقتراع وتأمينها بما يصون تكاملها، ويحول دون تطرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر؛ فرع من سلطاته في أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها مما يعوق حركتها أو يدمر ببنائها.

(١) Justice Frankfurter concurring opinion in *Youngstown sheet & Tube Co. V Sawyer* [The steel Seizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل اختصاص صرح الدستور به لجهة بعينها، يندرج فيه ضمنا ما يكون لازما لمباشرته بصورة فعالة. فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمنا اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعدادها وتجهيزها للقتال<sup>(١)</sup>.

أما في نطاق الشؤون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطانها تعادل تلك التي تكفلها قواعد القانون الدولي لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً في الأسرة الدولية، ولها بالتالي كافة الحقوق التي تتكافأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهما.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص الدستور عليها<sup>(٢)</sup>. ومن بين هذه الحقوق، سلطتها في إعداد غير المواطنين من إقليمها، وسلطتها في منعه من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها<sup>(٣)</sup>، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانياً: على الدولة بكل سلطاتها -ودون ما نص في الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإيفاء التزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضرراً بغيرها من الأمم التي تسالها، ولا بمواطنيها الموجودين في إقليمها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن <<للمساتير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً؛ بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه -فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص

(١) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمناً حق إبرامها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أنه على صعيد الدول الفيدرالية، فإن الحكومة المركزية هي التي تتمتع بالسيادة في مجال الشؤون الخارجية. أما ولايتها فليس لها نصيب منها.

(٣) يعتبر الحق في إعداد الأجانب من الإقليم من أعمال السيادة بل إن هذا الحق لا يقع في اختصاص السلطة التشريعية وحدها وإنما يعتبر كامناً في نطاق ولاية السلطة التنفيذية في مجال إدارتها للشؤون الخارجية.

الأضرار التي تراكبها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة ملابية، بل كان من شأنها أن تستلخص ولجوب الدولة في التدخل تشريعياً لمواجهة التزاماتها الدولية التي حل أجل إيفائها<sup>(١)</sup> >>.

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التي ترتبها ملائمة أو ضرورية لمواجهة أوضاع قائمة في مجتمعها. وليس لها بالتالي أن تتصل فيما إذا كان المخاطبون بها، قد استوفوا شروط تطبيقها، وإلا كان ذلك يتخلل منها في شئون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل في اختصاص أفراد الدستور لغيرها، ولو كان تخطئها أكثر ملاءمة، أو كان إقرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها الصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يندرج في إطار الأغراض الأولية التي تتوخاها النظم الديمقراطية.

خامساً: أن تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن أُل أحياناً إلى تنازعها، إلا أن تعاونها وتدخل اختصاصاتها في بعض صورها<sup>(٢)</sup>، يوراقية بعضها لبعض، توحي دوماً أن يكون نقاشها حول المسائل التي تتصل بمصالح مواطنيها في مجموعهم، حياً، مفتوحاً، وعريضاً<sup>(٣)</sup>. !

## (٦)

### حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التي تباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تتفق وطبيعة وظائفها، ما لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكفولاً بنص خاص في الدستور، كحق رئيس الجمهورية في اتخاذ تدبير لها قوة القانون في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١١ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - ص ٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، يعتبر تدخل في العملية التشريعية. كذلك فإن حق الكولجرس في الولايات المتحدة الأمريكية في اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس النواب، ومحكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تدخل في الوظيفة القضائية.

(٣) Justice Powell Concurring opinion in INS v. Chadha 462 U.S. 919, (1983).

وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تفصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص؛ فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلا للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. ويدبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة التنفيذية لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفا للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لعدم كفايتهم، أو إهمالهم فى أداء واجباتهم، أو سوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل كهذه، تنسجم بتميعها وبتساع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط النصوص القانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاف جزء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تحريم عن وظائفهم إذا باثروها على نحو يعتبر فى تقديرها خروجاً على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملا، وهو ما لا يأذن الدستور فيه، أو يرخّص به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخولها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بواجبه المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرعى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تحتكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

(١) من بين هذه الجرائم وفقا للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود واجباتهم، معلقاً نفاذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتعاون الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، لا يدخل أحد هذه الفروع العدوان على اختصاص قرار الدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها يدل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز سلبه، وإلا كان للتدخل فيه عصباً للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك إن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض في الحدود التي نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة في وزنها. ومما يناقض تساويها وتوازنها، أن يعمد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدرجية، وتراكمية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملاً دون نقصان، ولا يخلص إلا للجهة التي تتولاه وفقاً للدستور<sup>(١)</sup>.

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عدوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر - ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو واقفاً في منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءاً عن إتهاب هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

ويظل مخالفاً للدستور بالتالي، كل عدوان على اختصاص لأحد أفرع السلطة، ولو كان لا يدخل بجوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

(١) Justice Scalia dissenting opinion in Morrison V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهرياً أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصيل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتعذر سبرها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن نحقق في الدرجة التي انخفض إليها الاختصاص، ولا في نوع أو قدر العوائق التي تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص، إما أن يباشر كاملاً غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

#### ويترفع عن هذا الأصل:

\* أن العدوان على اختصاص السلطة التنفيذية في مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على واجباتهم، لا يكون مبرراً، ولو قيل بأن أعمالهم تغالطها ملاح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يفتقد إلى ضوابط موضوعية، فلا يكون سائغاً في حكم العقل.

\* أن حق السلطة التنفيذية في التخلي عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخلوها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالي فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن إنهاء السلطة التنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من المماتل السياسية التي لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظم الحكم في الدولة. وهي باعتبارها كذلك تنصدر قواعد التنظيم العام. وإذا كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما يباشره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظائفها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تفصيلية لقواعد ممارستها، فقد تعين على كل سلطة في مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردعاً إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور، وإلا وقع عليها مخالفاً لأحكامه.

"دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ من ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.



فيها. ذلك أن إنهاءها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعتراقها بالحكومة الأجنبية التي كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

١٨- وللسلطة التشريعية كذلك، ولو قبل اكتمال مدة التفويض الصالح منها لرئيس الجمهورية، أن تنتهي، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تخطأ منها في اختصاص مسؤول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعيد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاء.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التي تمنحها لرئيس الجمهورية بما يدل على تخليها عن وظيفتها التشريعية في جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يثير بالضرورة مسئوليتها السياسية، وي طرح كذلك مخالفة هذا التفويض للدستور.

ذلك إن الأصل هو أن يباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تتخطى لغيرها -من خلال التفويض- عن اختصاص ككله الدستور لها، إلا وفق أحكامه، وفي أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض -سواء من جهة طبيعة المسائل التي يتناولها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التي ينحصر فيها- للأغراض التي يتوخاها.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، >> بأن ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تفويض رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون، مؤداه أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما اللذان يجيزان تفويض رئيس الجمهورية في مباشرة بعض مظاهر الولاية

(١) أثير نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اعترافها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعتراقها بحكومة تايوان. ذلك أن تخليها عن الاعتراف بحكومة تايوان حملها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التي كانت قد أبرمتها معها مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي لرفع دعوى أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة يعترضون فيها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من جانب في الوقت الذي يتطلب فيه الدستور الأمريكي موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها دون النظر في موضوعها، وانقسم قضااتها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قال أربعة منهم بملء القلبية تأثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل في نطاق هذه المسائل.

التشريعية، وهما طرفان لا يجوز أن تترحض السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تسرها على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض».

>> وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأقل من أغلبية ثلثي أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تغريظ فيها. وعليها دوماً بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تعين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها للقاطع للمسائل التي يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهى مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقوفاً بميعاد معلوم كي تكون مدته حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي».

وخول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تفيد السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض، وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

فإذا لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكل ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عيها الدستور، حصراً لنطاقه، وضبطاً لقواعده<sup>(١)</sup>.

١٩- ولقول بأن كثيراً من الدول تتعقد مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقكرة، ما لم تقوض غيرها في بعض اختصاصاتها في إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن حدود التفويض لا يجوز أن تنسج بإبتهالها، ولا بانتمياها أو إفراطها.

بل يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتبأثرها الجهة التي مطلبها منها بدون حق. وفي ذلك خطر كبير يتأتى من تجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتضاعفها Accumulation of

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية دستورية" قاعدة رقم ٣٥ - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها، Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعمق طغيانها ويزيد وظائفها على من تمسهم بياؤها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير الصوابية الجنائية، وتحديد ملامحها من خلال نصوص قانونية تبين للضرورة الاجتماعية التي يقوم التجريم عليها، و موازين العقوبة التي يجوز فرضها على المذنبين؛ مما يجب أن تتولاها السلطة التشريعية أصلاً. فلا يجوز تفويض السلطة القضائية فسي شيء من ذلك إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصلية التي احتجزها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

فقانون العقوبات في مصر يعاقب على جريمة الفعل القاضح وعلى جريمة هتك العوض، دون أن يحدد لهاتين الجريمتين نموذجاً قانوني، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومخالفاً بالتالي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد للقضائي لاية جريمة يقوم على معايير مختلفة قد يناقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى لتساع دائرة التجريم في زمن معين وتقليصها في زمن آخر، بما يناقض ضوابط التجريم التي تفرض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن تباين القضاء فيما بينهم، وتفاوتهم في قدر العقوبة التي يوقعونها في الجريمة الواحدة Excessive Disparity لا يدخل السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية يستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها تتغيا معاونه القضاء في عملهم سواء من خلال معايير إرشادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها في المسائل الجنائية التي يفصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التي يزنون بها العقوبة التي يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعي لمقدار العقوبة مما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تفردها في اختصاص السلطة القضائية التي لها كذلك أن تفصل في دستورية مناسبة العقوبة للجريمة التي تتصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المتقدم بيانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بين الأفرع التي تباشرها<sup>(٢)</sup>.

(١) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

(٢) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للمسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلاقات الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المطقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءا من علاقة دولية متكاملة، يتقدمها اعترافها بالحكومة الأجنبية؛ ويتوسطها تبادلها الروابط الدبلوماسية معها؛ وخاتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

واختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مرده أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشؤون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية<sup>(١)</sup>.

٢٢- وقد تواجه الدولة غزوا أجنبيا أو تمردا داخليا أو حربا أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو ترابط مصالحها.

وقد تدهمها هذه المخاطر، فلا يكون بوسعها مقابلتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسما في فعاليتها.

وليس لازما لاتخاذ هذه التدابير، أن يتريص رئيس الجمهورية قرارا من السلطة التشريعية تعلن به حربا على القوة الغازية، أو الجماعة المتمردة، أو العصبة الانفصالية، ولو كان الدستور قد خولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكثيفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلده.

(١) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية Dames and Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981). وتتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كارتر، عقد اتفاقا مع الحكومة الإيرانية حتى تخرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إبطال كل الحجز على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة خاصة للتحكيم تكون قراراتها ملزمة بشأنها. وقد أيدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تأسيسا على أن الكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ نظل هذه الأعمال فى غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التى تقتضيها؛ ومشروطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفى حدود الضوابط التى قررتها.

والسلطة التشريعية دوماً أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية فى مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٣- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تفسر وحدها اختصاص كل سلطة، وإنما يتحدد اختصاصها -فى صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متموجاً على ضوء الحقائق العملية التى تفرض نفسها على صعيد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية فى مجال أيهما الأحق بتقرير الشؤون السياسية، فإن نزاعاً من نوع آخر شجر بينهما فى مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشؤون التى يقوم عليها، ولو لم تكن لها طبيعة سياسية.

وتلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التى ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائى فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود التدخل فيها..

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكاً أو ألقى أعمالاً تدخل بحقوق المواطنين أو حرياتهم، أو تعوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقاً مقرة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحيط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلباً قضائياً يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشرائط التى سجل عليها الأحاديث التى أجراها مع معاونيه، قولاً بأن لأحاديثه هذه سرية فى طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سريتها هذه من امتيازاته التى لا يجوز أن تقتضسها السلطة القضائية؛ ولو كان إطلاعها على أجزاء من أحاديثه متصلاً بتسليم جنائى، وواقعاً وراء جدران مظلة لا تدخل بسرية لأحاديثه فى مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذى يدعيه رئيس الجمهورية لأحاديثه هذه ونظرت إليه، باعتباره متضمناً إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلطة القضائية لمهامها، رغم أنها لا نقل شأنها عن السلطين التشريعية والتنفيذية Co - Equal Branches.

وقضلا عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل ككل الدستور توزنا دقيقا بينها تتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأكل لأن كل نزاع في شأن المصالح التي تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغي أن يحسم على ضوء مبدأ بـ ككل لكل منها وظائفها الحيوية<sup>(١)</sup>.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يقاوم طلبا قضائيا Supoena يدعو إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأشرطة التي سجل عليها أحاديثه تلك. فإذا تترع بسرقتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء؛ وكانت أحاديثه هذه لا صلة لها بأمر دبلوماسي أو حربي لا يجوز للقضاء لفتحها؛ وكان الدستور وإن خلا من نص صريح بكلمة لرئيس الجمهورية سرية اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتمانها تكون دستورية في أساسها إذا كان حجبها ضروريا لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحاديثه مع معاونيه ما ينبغي أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجائز قبولها، إلى القضاء الذين يبدم سلطة تقديرها ووزنها<sup>(٢)</sup>؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوافر مداخل ثرية لإرهاب الحقيقة أو إجهاضها، فلا يكون لإزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعانقا دون مباشرة القضاء لوظائفهم في نطاقها المنطقي؛ وحالا دون أعمال شرط الوسائل القانونية السليمة؛ ومرجحا عمومية المصلحة في كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التي لا زال الاتهام فيها مطلقا لم يحسم، والفصل فيه مرتبطا بأدلة تضمنتها أشرطة التسجيل التي احتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون<sup>(٣)</sup>.

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتقصي الحقائق، لا تستطيع الحصول جبرا من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تنسم النظم الجنائية الإجرائية بخاصية الجبرية التي تحتم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التي تصل في الاتهام الجنائي، وتخلو الدفاع وسلطة الاتهام حق مناقشتها، وإلا انطلق الطريق إلى الحقيقة أو صار بلاؤها محفوا بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جرمية كحق الشخص في ألا يقدم بنفسه دليل إدانة Self- incrimination

(٣) انظر في ذلك قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائي يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الجنائية بعض الشرائط المسجلة عليها أحاديثه مع معاونيه، وذلك للفصل في اتهام جنائي في شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التي تلخص فيها- ومن أجل دعم حملته الانتخابية- على الحزب الديمقراطي المنافس. ولكن الرئيس نيكسون تترع بأن من حقه كرهئيس للجمهورية أن يكتم أحاديثه مع معاونيه، فلا يعرفها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, (1974).

ولا يجوز بالتالى -على ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يعانى الأبرياء، ولا أن يفر الجناة بنزوبهم *Guilt shall not escape, or innocence suffer*.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطين التشريعية والتنفيذية، أو بين إحدهما والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون مسن طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد باتخاذ القرار النهائى فى مسائل يعينها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية *Constitutional Commitment*؛ وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوافر لديها الوسائل والموازن والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوءها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ *Judicially Manageable Standards and Data*؛ وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطين التشريعية والتنفيذية، ينبغي أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أصلهما فى إطار رقابتها على الشرعية الدستورية *Prudential Considerations*، ضماناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطين، وتوقياً لصراع معهما، وتجنباً لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظمًا بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة يُلْقِض بعضها البعض.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأعمال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها؛ لتحدد خصائص هذه الأعمال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تصفى صفة الأعمال السياسية على أعمال تنافها ولا تلتئم معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوقفاً على موازين وضوابط ومعلومات لا تتوافر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها؛ وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -رأياً كان موضوعها- لا تعتبر بصفة تلقائية -بناءً على مجرد تنظيمها لعلاقات دولية- من الأعمال السياسية<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا -للقضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣- قاعدة رقم ٣١ من ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

## (٧)

حقيقة المسائل السياسية

٢٦- ويتبين أن يلاحظ في شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتي:

أولاً: على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولو خالطتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المعروضة عليها يصادم توجهها للسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطقياً على إخراج إحداها.

ويتعين دوماً أن يكون فصلها في المسائل الدستورية المعروضة عليها دالاً على تحوطها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توازنها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التي لا يجوز إنكارها أو تهيمشها.

ثانياً: أن تعد الفصل في بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائي فيها. ذلك إن المسائل السياسية تغاير في نوعها -لا فسي درجتها- التفسير المذهبي للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التي كفلها. ولا يتصور بالتالي أن يكون هذا للتفسير متوخياً غير إنفاذ القيود التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن إبطال جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجتوز أن ينظر إليه بوصفه تعبيراً من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توازيها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطقياً على اغتصابها لسلطة لا تملكها في إطار وظيفتها القضائية.

رابعاً: لأن صرح القول بأن المسائل السياسية لا يجبطها معيار عام ينظم كل تطبيقاتها، وأنسها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائراً بين أكثر من تصور:

\* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل في المسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقاً لتفسيرها هي للدستور- في إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.



\* ونظرة تحوطية PRUDENTIAL VIEW قوامها أن تنظر جهة الرقابة القضائية إلى المسائل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها في موضوعها، منتهيا إلى تقويض سلطتها، أو إلى وقوعها في صراع مع السلطات التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عواقبه، أو حثها على اللجوء إلى حلول وسط تتناقض قواعد سابقة قررتها.

\* ونظرة وظيفية FUNCTIONAL APPROACH مناطها تقييم جهة الرقابة للعواقب التي تواجهها في مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويلتزم تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المسائل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا -في مجال فصلها في دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى في الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء للقادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم في الأعمال الحربية، ويلائهم في تحقيق نتائجها، هي التي تحدد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو مثملا مع غيره في مركزه القانوني.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دافعا -ابتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلا لها وتقديرا لعناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها في دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، وازنا بالقياس أداء قائلها جميعهم، منتهيا إلى ترقيتهم فيما بينهم على ضوء معايير منطقية ترجح بعضهم على بعض؛ وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>.

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتباره أن صوتا واحدا ينبغي أن يهيم عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشؤون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

(١) JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law, 1991, pp. 47-53.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣٩ من ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هي التي يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كاملة فيها لا تتفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التي يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحمل في أعطالها تكويناً ثابتاً ونهائياً. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن تتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومنزمنة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصياً بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

### (٨)

#### حقوق الفرد وحياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملاً، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن القانون الدولي يأخذ الأفراد في اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التي تظلم بحمايتهم. فلا تحظى مصالحهم في الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التي توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولي، قد لعبوا دوراً ما على صعيد الملائق الدولية، فذلك لأنهم يغيرون من معاهدة دولية تتعلق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم في الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة البداية التي تحل دولهم إليها في مجال اقتضائها قانوناً للحقوق التي يطلبونها، في مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التي يقيمون أو يعملون فيها. ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تحويل كل منظمة نقابية حق الدفاع عن مصالح عمالها وأربابهم التي تحميها منظمة العمل الدولية.

(١) ودليل ذلك أن سلطة المشرع في تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعتبر في الولايات المتحدة الأمريكية من المسائل السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك في قضية Baker V. Carr.

انظر في المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe وعنوانه:

كذلك كان لممثلي كل أقلية عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التي تقضنها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة في معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الأقلية العرقية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لها، كان منحصراً عملاً في حدود ضيقة.

ثم تساعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك. إذ لم تعد هذه الحماية مقررة للفرد باعتباره عضواً في منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتباره إنساناً وكائناً فرداً *En tant qu'être humain individuel*.

وحدث هذا التطور العالم، إزاء إيمان الدول المنتصرة في هذه الحرب، بأن النازية والأوتقراطية قد انبعتا عن الفلسفة تكين باحتقار الإنسان، وتنتظر إليه بوصفه مجرداً من كل احترام، وأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديد، وأن تكون وسيلتها إلى نفسها، هي إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التي تكفل لكل إنسان آدميته واحترامه.

وكانت الدول الغربية التي تقدمها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها في مفهومها الشامل، وكذلك دساتيرها الوطنية، أساسها أن للإنسان حقوقاً ينبغي إعلانها في وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها. *Declarations des droits* وكان منطقها بالتالي أن تنقل الدفاع عن معتقداتها من النطاق للدخلى إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتي من جهته ليقدم الدول الغربية اهتماماتها في مجال حقوق الإنسان، مما أسفر في النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكداً ضرورة صون هذه الحقوق، وعلى أن تعمل الدول على ضمانها من خلال معاهدتها الدولية التي تبرمها بوجه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفي إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حداً كبيراً تمثل في العديد من المبادئ التي تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولي أو على نطاق تجمعاتها الإقليمية:

فعلى الصعيد الدولي، ووفقاً للمادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية -والذي اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ١٦/١٢/١٩٦٦- صار لكل فرد مشمولاً بولاية إحدى الدول المعترفة طرفاً في هذا العهد، وفي البروتوكول الاختياري الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشكل إليها في المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التي ضمنها العهد المذكور.

وعملًا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية للرسالة المقدمة ضدها، كي تتلى بإيضاحاتها وبياناتها في شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها في شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنتظر اللجنة في الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهي إليه في شأنها، تقريرها السنوي عن أعمالها الذي تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ومثل هذا التنظيم نراه في المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق في ٢١/١٢/١٩٦٥.

كذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في عامي ١٩٦٧ و ١٩٧٠<sup>(١)</sup> تنظيمًا إجرائيًا يتوخى فحص الرسائل التي يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جسيم بحقوق الإنسان.

٢٩- وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولي لحقوق الفرد في مواجهة الدول التي تظل بحقوقه وحرياته، فإن تطوراً مماثلاً، وربما أبعد في مداه، تحقق كذلك على صعيد الدول الأوروبية في تجمعاتها التي تجاوزت حدود أقاليمها Regionaux.

فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [١٩٥٠] تقيم الفرد نظاماً معقداً ومتكاملاً لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، حق النظر في كل طلب يقدم إلى الأمين

(١) Resolution 1235 (XLII) 1967, Resolution 1503 (XLVIII) 1970

للعام لمجلس أوروبا من قبل شخص طبيعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول للمعاهدة، بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.

ولكل من قدم طلبا من هذا القبول إلى هذه اللجنة، أن يمثل في مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان عند الفصل في الحقوق التي يدعيها

وهذه القاعدة ذاتها، هي التي نراها كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إسان خوسيه في ١٩٦٩/١١/٢٢].

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلا عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفا بها قانونا في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تنبذ تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولي لحقوق الأفراد في مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدودا في أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم في رد إخلال دولهم بالحقوق التي كفلتها الميثاق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافا فيها، وبمراعاة أحكامها التي يفيدون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التي عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يمكنون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة في شأن طلباتهم، بل يعود تنفيذه إلى حسن نوايا دولهم وإرادتها. وليس بوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من الأحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائي للفصل في طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بياناً واضحاً بالمسائل التي يجوز التقاضي منها. ولا تقبل الدول عدا -وفي الأعم من الأحوال- إثارة مسؤوليتها الدولية أو تحريكها من خلال نظم يطمح الأحرار المضطرون من إخلالها بحقوق الإنسان التي كفلتها الميثاق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحياناً شرط تخويل منظمة دولية، حق النظر فى إخلال الدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذاً فى مواجهة هذه الدول، إلا بموافقتها.

ثالثاً: أن التنظيم الإجرائى المقرر فى المعاهدة للدولية، يتمحض عن نوع من الرقابة على أعمال تأتيتها الدول أطرافها. ولا يعتبر فصلاً قضائياً فى خصومة يدعى فيها أحد الأفراد الإخلال بالحق أو للحرية التى يطلبها.

كذلك فإن القرار الصادر فى هذا التظلم، لا يعتبر قراراً قضائياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية، بل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التظلم.

وهو ما يعنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التى يدعون لإخلال دولهم بها، إلا بموافقة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائى دولى فى شأن انتهاكاتها لحقوق الإنسان وهى بعد موافقة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التى كان الاختصاص معهوداً إليها بالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المأخذ، أن نغالى فى دور الأفراد فى مجال الحصول على الترضية المناسبة لحقوقهم الأساسية التى وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص ما يتصل منها بالسلطة الكاملة التى تباشرها على الأفراد الخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائى دولى ينظر فى إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محدودة. ذلك أن الأسرة الدولية فى تكوينها الرأى تعقد السلطة الفعلية بيد الدول وحدها. ولا تكفى الدول بمثل هذا التنظيم إلا بقدر تسامحها.

كذلك فإن الدول هى التى تنشئ المنظمة الدولية التى يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهى التى تعتمد القواعد التى تحكم نشاطها، بما يجعل المنظمة الدولية واحدة من أدواتها التى تعينها على تحقيق مهام تبتغيها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لأختصاصاتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تعتبر مصدراً لوجودها<sup>(١)</sup>.

٣١- على أن تنامى قيم الحرية والعدل فى مواجهة السيطرة والتسلط، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر آدميته.

ولقد كان التحرر من ربقة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهة صور القهر على أختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تحظى بشار استقلالها، ويعاكس دولية تتكافأ فيها مع غيرها؛ وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعباً بملك حق تقرير مصيره<sup>(٢)</sup>.

Une Certain population ne constituait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكفل دعائم أكبر لضمائها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التمايش تتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتتجاسم توجهاتهم الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه -وقد بدأ ونيداً، ثم تصاعد فى درجته- أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز النزول عنها ولا التفريط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تفيد الدول جميعها باحترامها، ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة؛ ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، وأخرى لا تزال فى دور التكوين؛ ولا بين حقوق كانت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يملئها التمييز عنصرياً بين أجناسها<sup>(٣)</sup>.

(١) Antonio Cassese "les Individus", Droit International [Bilan et Perspectives], Tome 1, 1991, pp. 119-127.

(٢) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p. 33.

(٣) Raymand Ranjeva, les peuples et les mouvements de liberation nationale, Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1, 1991, pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولي قد ظل حتى الوقت الحاضر قانونا منظما للعلاقات بين الدول، مبينا حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يواجه غاية أكبر للأعمال التي تأتيها الدول في مواجهة الأفراد المشمولين بولايتها، سواء تعلق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين شخصاتهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص ككفالية عرقية مثلا؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، ويوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية في هذا التطور الإيجابي هي الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ أنبنى عليه أن الدول التي كان القانون الدولي ينظر إليها دائما باعتبارها أشخاص هذا القانون، هي في حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان مساهمتهم، وأن الجماعة الدولية هو وعاء شعوب تجمعها للصفة الإنسانية، وعليها بالتالي أن توفر لها الأمن وسبل الحماية التي تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاد قاعدة السلطة المطلقة التي تقرضها الدول على رعاياها، ويدلها بقاعدة للتكافؤ في الأسلحة بين الفرد والجماعة التي يعتبر عضوا فيها.

(١)

#### تكوين حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التي كان ينظر إليها باعتبارها من الشؤون الداخلية للدول، قادتها ثورة تتوخى تنويعها (١) Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهي ثورة كانت بدلتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلما بارزا فيما بعدما بعد عدوان النازية والفاشية على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من إيمانها بقيمة الفرد، ومسئوليتها لضمان مساهمته، ونظرها إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد تأكيد حقوق يخصص بها ويتلقاها مباشرة من قواعد القانون الدولي Destinataires directs des normes de droit International، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة في اتجاه التحول إلى قانون عالمي للإنسان والشعوب، وهو ما تعمل بوجه خاص في الجيل الأول لحقوق الإنسان التي تضمنها

(١) في عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولي إعلانا في شأن الحقوق الدولية للإنسان، ويمقتضاه يقف الفرد جنبا إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي.



العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحرر بها الفرد من القيد غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفي الجيل الثاني لهذه الحقوق التي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنتم خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تبيان مقاصد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجيل الثالث لحقوق الإنسان، التي يمثلها الحق في البيئة وفي إمرار السلم، وفي وجود ذمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولي من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها النهائية التي تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التي لا يجوز تجاهلها، والتي يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحاً -سواء كان هذا النزاع داخلياً أو خارجياً- ينبغي أن يحاط بالقيم السائدة عند حدوثه، ولو كان بعضها أو جميعها يناقض قيماً تبنيتها عهود سابقة. ذلك أن ما كان متولفاً لكل فرد في مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أسبابها أمام تقدم فنون القتال وتحد أنواتها وتعاضم مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، إلا تجاهلاً لحقيقة التطور في محيطها.

كذلك فإن فوارق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خال في مجال تكافئها واقعياً في مظاهر السيادة التي تبشرها، دعا الدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة في أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن صون التوازن الأيكولوجي في بقاع الأرض جميعها، يعتبر شرطاً أولياً لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يعزز قدراتها على التعايش في سلام، وبشكل إطاراً صحياً لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقاً وحيداً لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفي إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

### (١٠)

#### أثر وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطويرها

٣٤- تلك ملامح لبعض مظاهر التطور في الجماعة الدولية. بيد أن أوضحها وأعمقها إشرافاً على الصعيد الدلالي، تمثل في وثائق إعلان الحقوق التي ينتم هذا العصر بذبوعها بين أقوال يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخاً، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمتها، وأنها بمضمونها قيد على الأفرع المختلفة التي تبشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق، القترن إما بإدراجها في الدستور، أو بتقريرها استقلالا عن نصوصه، مع تمتعها بقوة للنصوص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة في مجتمعاتها، بل انقلابا على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقاً في مكوناتها، بما يجعل ضماناتها بديلاً عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقائدها، وتحررها من كوابحها؛ واختياراً يناقض ديموقراطية الصقوة؛ وديكتاتورية البروليتارياء؛ ويجسّص سياسة الإملاء والاحتواء والإغواء، التي تقرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التي تستميل بها من يعارضونها؛ فلا ترجح المصالح الضيقة، أمالاً عريضة متدفقة، بما ينال من حكم القانون.

وقد دل أطراف العمل بوثائق الحقوق في إطار القيم التي تحتضنها، على معارضتها لفكر أعتقة بالية، كذلك التي تجعل للبرلمان محورا للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تسمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترعى مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيأ لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويشير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحرياته؛ وأن انتزاعهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بتكلفة باهظة؛ وعبر مخاطر متنوعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيرا ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بآمن من عنوان للسلطة عليها، خاصة وأن تقويم اعوجاجها وإن كان مطلوباً، إلا أن جهد السلطة للقضائية في ذلك، كان أقل من أن يكون كافياً بالنظر إلى أن محاسبتها عن أخطائها، قلما تنال عملاً.

وشاع بالتالي تصور القاتلون باعتباره غريباً عن كثرة الناس وعامتهم، قريباً من خاصتهم وأصفيائهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصياً عليها، أو حائلاً دون تحقيقها.

بل إن الناس في عمومهم قلما يفهمون القانون، وفرصتهم في الإسهام في الحياة السياسية تتضاءل يوماً بعد يوم، واختيارهم للحكومة التي تمثلهم اختياراً حراً، كثيرا ما يكون سلباً. ولم يعد أمامهم من ضمان لإرساء الديمقراطية وتعميقها، غير الإصرار عليها قبولاً بتبعاتها، حتى لا تنقضها سلطة أيا كان وزنها أو توجهاتها.

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير في مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التي نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية<sup>(١)</sup> وأنها في حقيقتها لا تزيد عن مجرد إعلان للنوايا Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تنسم بالتقسيم، ويعباراتها الجوفاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأكبية، وبعبدة عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بافتراض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن لسلطات ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بغير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تنسم بطبيعتها الفلسفية للمجردة من القيمة القانونية<sup>(٢)</sup>.

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، ويدورها في بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها<sup>(٣)</sup>، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر في الأعم عن السلطة ذاتها التي تؤسس الدستور، فتكون لها قيمة لصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفي طبيعتها الفردية، أم كان تقييمنا لها من منظور أغراضها التي تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقا طبيعية يقدسونها ولا يقولون للنزول عنها، وأنهم يتقونها -لا من الجماعة التي يعايشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر في الجهة التي يوجد الفرد في نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد مواقع بلدانهم، وفي الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤكدون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلالا عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقا لها، بل مقصورا على مجرد تكوينها، لتفرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

(١) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionnel, Sirey, I, p.601.

(٢) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 4 Edition, p.92

(٣) M. Hauriou, Precis de droit Constitutionnel, Sirey, p. 618. ; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم في شأن هذه الوثائق، لا يتعلق بمبادئها الغامضة صياغتها، العصبية معانيها على التحديد، والمتنافرة في خصائصها مع القواعد القانونية التي لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها؛ وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لعبارتها الجلية معانيها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية<sup>(١)</sup>.

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم القضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل مترددا في إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لنديباجة دستور ١٩٦٤، ولإعلان الحقوق الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٢<sup>(٢)</sup> قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانوني، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية في حدود القانون<sup>(٣)</sup>. وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة فلسفية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقصيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من واجباتهم، وإنما لأن المحيط السياسي من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

(١) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة في الإعلان، والتي تنتم عباراتها بغموضها، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجوز معاملتها كالتقواعد القانونية

(٢) ألحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

(٣) C.E.11 Juil. 1956, Amicables des Annamites de Paris R.p317.

#### انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'etendu du Contrôle de Juge de l'exces de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواضحة في إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التي يجوز تطبيقها وتقرير جرائها على مخالفتها، مفضلا حمل فضله في مجال الرقابة التي يباشرها على أعمال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون. Les Principes Generaux du Droit

## (١١)

تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التي كان للقضاء يعايشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل للرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي، استطاع هذا المجلس أن يقيم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر في ١٦/٧/١٩٧١ معاملة بدياجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>، وأن يضمن بقراره في ٢٧/١٢/١٩٧٢ هذه القيمة ذاتها على إعلان ١٧٨٩<sup>(٢)</sup>. وأن يعمل كذلك -وبقراره الصادر في ١٥/١/١٩٧٥- كل النصوص التي تحيل إليها بدياجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية<sup>(٣)</sup>.

ولم تعد النصوص التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين Textes de Reference، مقصورة بالتالي على نصوص دستور ١٩٥٨؛ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩؛ وإلى المبادئ الجوهرية التي تضمنتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic؛ وكذلك إلى ما ورد بدياجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقائق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التي يسميها الفقهاء برزمة أو بكتلة الدستورية Bloc de Constitutionnalité، نتحدد للرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تنقيد السلطة التشريعية فيما تقره من القوانين لتتنوع بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا التنوع- مواجهة أشكال مختلفة من صور العوار التي قد تشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كغلا تلتق عطلها، واتساع فرص تقويم النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحرفاتها المحتمل، ويحملها على

(١) C.C. 71 - 44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p. 29.

(٢) C.C. 73 - 51 D.C., 27 dec. 1973, R.p. 25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p. 19.

أن تعمل وفق مداخل توافق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التي تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقيا بالتالي أن تقرر القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التي تحيل إليها<sup>(١)</sup>.

٣٨- على أن كثيراً من الدساتير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحرياته محددة تفصيلا في متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحرياتهم ويخصيها في الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التي نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مدخلا لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التعديل التاسع للدستور الأمريكي من أن النص في هذا الدستور على حقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التي احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو للتقليد من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفي مصر تفسر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحرياته المنصوص عليها في الدستور الدائم، على ضوء ما يقبلها في الموثيق الدولية، والتي يندرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، ووقته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا<sup>(٢)</sup> وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية للمصادق عليها أو مقوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون داخلي يكون جائزا من الناحية الدستورية<sup>(٣)</sup>؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التي خلفتها، تنظر إلى الموثيق الدولية -لا باعتبارها جزءا من الدستور- بل لأن تطبيقها في مجال حقوق الفرد وحرياته الأساسية، يوفر للدولة القانونية خصائصها التي لا يجوز معها أن تنزل في مجال الحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحررياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها في الدول الديمقراطية.

(١) لا تدخل نصوص المعاهدات الدولية، في رزمة الدستورية.

(٢) هي الأسبق وجودا من المحكمة الدستورية العليا، وقد أقرها المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكا خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التي كفلها المشرع لا الدستور. وظل أمر هذه الشكوك محبطا بها، إلى أن صدر الدستور الدائم وقضى في المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(٣) محكمة عليا -الدعوى رقم ٧ لسنة ٧ قضائية عليا- "مستورية" جلسة أول مارس ١٩٧٥ -قاعدة رقم ٢٣- من ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وقراراتها.

فلا تظل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في هذه الدول ضماناً أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد بالنظر إلى مكوناتها - وثيقة للصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأولى والأتمثل توكيدا لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من أدان عن الجريمة بوصفه مسؤولاً عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغي أن يكون مناسباً لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة في ذاتها، ولا منافية بقسوتها الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بنسب لانتهاج الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإيمان - لا على أساس ارتباطها بصفة الشخص كمواطن في بلد ما - بل لأن هذه الحقوق مردداً إلى الخصائص الجوهرية التي تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها<sup>(٢)</sup>، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، واتساع نطاق تطبيقها، وتمحور اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستحصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ في اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخلياً ودولياً ضرورة يقتضيها ضماناتها حتى يكون وجودها حقيقياً، فلا تمارسها سلطة في حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بثوابتها وصحيح محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لحقوق الفرد وحرياته، كان موقفها من المواثيق الدولية التي تنظمها. انتقم منها - ومن خلال إحالتها إليها - دعائم لقضائها. فلا تبدو حقوق الفرد وحرياته - وطنياً كن أم أجنبياً - بمعزل عن أفاق أعرض تسعها، وتمهد لتمثلها - في مضامينها وغاياتها - مع تلك التي أقرتها الأمم المتحدة في مجتمعاتها،

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التي استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوب عليها في الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المسؤولية؛ ومنسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها؛ وحظر إيقاع عقوبة قاسية أو شاذة أو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، جميعها مبادئ غير منصوب عليها في الدستور.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصارعتها، أو منتهيا إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هي للنواة التي يدور حولها، والتي تتوافق الدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية؛ وهي بعد دائرة لا يجوز اقتحامها. فإذا نقض المشرع عليها أو قوض بذاتها، لحالها ركلا<sup>(١)</sup>.

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور القائم -التي تسميها بعض الدساتير العربية <جالتوطئة>- باعتبارها جزءا من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواه، وتعين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأكل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها<sup>(٢)</sup>.

## (١٢)

### تعدد مدخل حماية حقوق الإنسان

٤٠- واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحرياته لها مدخل متعددة في النطاق الداخلي:  
أولها، النموذج الأمريكي. ويتحصل في النص على حقوق الأفراد وحرياتهم في الدستور ذاته، مع تخويل محكمة عليا المرونة اللازمة والسلطة الكافية التي تحدد بسبها نطاقاتها، والأغراض التي توخاها، القيم التي تحضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائي لنصوص الدستور لجهة غيرها<sup>(٣)</sup>.

The ultimate interpreter of the Constitution

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤٥- من ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٧- من ٣٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) Powel V. McCormack, 395 U.S. 486, (1969).

ففي هذه القضية تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن مسؤوليتها هي أن تعمل باعتبارها جهة التفسير النهائي لأحكام الدستور

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpreter of the constitution.



وأضعفها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التعديرية المطلقة التي يملكها في مجال تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

متلما هو الحال في المملكة المتحدة، وإن كان دخولها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد جعلها مثاقفا بطو السلطة التشريعية ويقدها Une charte supranationale ويلزمها بتنفيذ الأحكام للقضائية التي تصدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقاً لهذه الاتفاقية.

ولوسيطها، تلك النظم التي تزوج في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال في كندا منذ نفاذ مثاقها في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم في ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية في الحياة الدستورية في هذا البلد منذ إقرار نظامها الفيدرالي في ١٨٦.

من جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفي حدود منطقية، ووفق الضوابط التي احتكتها الدول الديمقراطية للحرية.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشروع المقاطعة، الحق في أن يصرح في قانون يصدره، بمرين أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعتداد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالمواد من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يعنى وقفها خلال المدة التي نص عليها القانون، والتي لا يجوز في أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذه.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم [La clause Dérogatoire (Clause Nonobstant)]، فإن السلطة القضائية تستعد ولايتها كاملة في مجال التفسير النهائي للدستور والميثاق<sup>(٢)</sup>.

(١) لبعض الوثائق أممية كبرى في المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها ميثاق الحقوق Petition of Rights وكذلك وثيقة المانجا كراتا.

(٢) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, révisé, 1991, pp. 631, 788-790.

وبلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التي يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق في المجتمع وحرية الاجتماع. أما السمود من ٧ إلى ١٥، فتتخص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان في الحياة وفي الحرية، وفي السلامة الشخصية، وفي ألا يحتجز أو يمسجن بصورة تصفية أو تحكيمية، وكذلك في تمتعه بالضمانات المنصوص - فيها - في المادة العاشرة من الميثاق في مواجهة القبض أو الاعتقال.

٤١- ولا تقع بعض الدول، في مجال ضماناتها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها في الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحرياته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إيداعها بغيرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التي كفل قانونها الأساسي -هو الدستور المعمول به فيها- السيادة لأحكامه؛ ونص على ضمان الحقوق الفردية استقلالا عن الدولة؛ ولتأشأ نظاما يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسي<sup>(١)</sup> هذا التنظيم بشرط الدائمة Eternity clause المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التي تحظر كل تعديل يتناول المبادئ المنصوص عليها في مادتيه الأولى والعشرين، التي تقرر أولاهما أن كرامة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمان حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز النزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبيها يقر بضرورتها لكل جماعة، ولإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد التالية، تقيد كل سلطة بوصفها قانونا نافذا بصورة مباشرة As directly enforceable law.

(١) عمل بالقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية اعتبارا من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد سمي كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راغبين في أن يخلعوا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لتحكم جزءاً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهي بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسي المذكور يقف سريانه اعتبارا من صدور دستور يحكم ألمانيا في جميع أجزائها بعد دمجها ببعض. ولأن هذا الدستور لن يتبناه مجلس برلماني Parliamentary Council مثلما هو الأمر في القانون الأساسي، وإنما توثقه الإرادة الحرة للشعب الألماني في مجموعته. ولكن الذي حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج في ألمانيا الاتحادية (الجزء الغربي من ألمانيا) تحت القانون الأساسي، وهو ما دل على قبول المواطنين في مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بشطريها.

وبلاحظ أن القانون الأساسي تضمن نصالحا بين نزعة تقليدية تحررية من جهة، كان لها أثرها في صياغة هذا الدستور الحق في الحياة وتكامل الإنسان بندين [مادة ٢]، وكذلك الحق في التنقل في المعاملة القانونية [مادة ٣] وفسي مباشرة للعقود [مادة ٤] وفي حرية التعبير [مادة ٥] وفي ضمان الحق في التجمع وحرية الاجتماع [مادتان ٩ و٨] وفي حرمة الحياة الخاصة [مادة ١٠] وحرية الانتقال [مادة ١١] والحق في الملكية [مادة ١٤]؛ وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تبلورها وظيفة الملكية والسيطرة الشعبية على المولدات الاقتصادية؛ ونزعة دينية من جهة ثالثة تكسها الصلية التي يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الأباء في تعليم أبنائهم. وكان من شأن هذا التصالح أن أمن المواطنون بوجه عام، بأن قانونهم الأساسي جامع قيم يرتضونها، ووعاء لحقوقهم وواجباتهم التي ناضلوا من أجلها.

وتتمس ثانيتهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديمقراطية، واشتراكية فيدرالية، وأن سلطة الدولة -في كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق اختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستوري، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تنقيدان بالقانون وبالعادلة؛ وأن لكل المواطنين الحق في مقاومة هؤلاء الذين يعملون إلى إلغاء للنظام الدستوري لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على العود عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هي الأحكام التي حظر القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهي تدل على أن كرامة الإنسان هي القيمة الأعلى التي لا يجوز التفريط فيها؛ وأنها الداعمة التي ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التي يصونها الدستور؛ بل هي نقطة البداية في كل نظام يرعاه.

ومن ثم كان منطقياً أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كافلاً لأولوياتها على ما عداها، ومؤكداً لبديتها من خلال حظر تعديلها، وجاعلاً لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق التنفيذ إلى جهة القضاء العادي للحصول منها على الترضية القضائية الملائمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد يثور من نزاع بشأنها لجهة غيرها<sup>(١)</sup>.

وهو ما يعني أن حقوق الفرد وحرياته، لا تعتبر غالبة في ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التي تصحبها، بل تكون هذه الضمانة جزءاً منها.

وما للدولة بكل هيكلها إلا أداة دمج الأفراد في مجتمعها لربطهم بقيم أعلى يكون فيها الفرد حراً بشرط إيمانه بأن الحقوق التي ينهبى أن يحوزها ليستمتع بها، هي تلك التي تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كافلاً للخير العام، وهو ما تضمنه الديمقراطية التمثيلية في إطار من تقسيم السلطة والفصل بين أفرعها<sup>(٢)</sup>.

(١) الفترة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

(٢) Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)

خضوع السلطة للقانونأولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يبلور مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أيًا كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها لئلا تمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم ترفع بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها لإرادة مواطنيها أو امتثالها، أو تنظيها لشؤونهم بما يروّعهم، أو تدخلها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحرياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أجل إرساء قاعدة تقيد السلطة، ممكناً حقاً عريضة في أغوار الزمن. ونوعى دوماً أن تكون السلطة أفضل في عطائها ومصادقيتها وحيدتها وجاذبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالنصوص التي يتضمنها، والتي لا يجوز للتحايل عليها سواء لوقفها أو لتجاهلها.

واقترن تقيد السلطة في الدول الديمقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعاادلها، وكان التحوط دائماً من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإنكار حرياتهم.

وصار الخضوع للقانون إطاراً ضد صور القهر على اختلافها، وضماناً لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلاً إذا نقض فيما للعدل تطوّه، أو كان مجافياً للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلاً.

وظهر الدستور بالتالي باعتباره قانوناً أساسياً مستنداً في إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير العريضة التي صاغتها، فلا تكون السيادة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعنها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوئها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التي فوضتها في تنظيها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسها يفقدها فعاليتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتحصى السلطة عن امتياز للأشخاص الذين يباشرونها، وأن يقتصر إيداع السلطة فى أيديهم بتوزيعها، ويمرر اقتضاها فى إطار القيود التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتقرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فعليا، وليس شكلا ظاهريا يدمج أفرعها فى بعضها LA. CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -والنامية بوجه خاص- لا تبشر رقابتها الفعلية على السلطة التنفيذية، ولا توليها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديمقراطية فى ظاهر ثوبها.

#### ثانياً: المفاهيم التى يقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلاً أعلى فى إطار نظم ديمقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتعطى أغليبيتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لجمهورهم تساويهم فى مجال إشرافهم عليها، ومحاسبته المسئولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلاً منصفاً، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكفل الخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توحيدها، وربط مشروعية السلطة، بتساميها عن أهوائها، وبسامحتها مع خصومها، وبثبوتها لقيم ديمقراطية يتصدرها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملاً تلقائياً حراً وعريضاً، وأن يتزاحم عليها بالتالى من يريدون الظفر بها، فلا يكون انتقالهم عملية تحكمية، بل تفضيلاً واعياً بصيراً.

#### ثالثاً: علو القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازماً أن يعطى القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عنوانها على حقوق مواطنيها بخير جزاء، ولا مقالمة لخرافاتها تمرداً غير مقبول، ولا تنظيمها لشئونهم عملاً قسرياً يحصلون عليه حملاً.

ولإنما ترعى السلطة حدودها لضمان مشروعيّتها، فلا تكون حركتها بعيداً عن النظم القانونية التى ترجعها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، ويندرج تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع الدستور باعتباره وثيقة تكميلية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على نصوص أوضاع متغيرة بطبيعتها.

ونلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا فى مصر التى لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراجيا، بل مؤكدا عزمها على حرامتها، ومنبئا عن ردعها لكل صور العنوان على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية للدستورية غير إدراك لمتطلباتها.

#### رابعا: شرعية السلطة تفرض تدولها والقبول بها بالطرق الديمقراطية

٤٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو تعاقباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. وبنايها كذلك أن تكون خطوة بالئسة فى مستتق أسن.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرانتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

واحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، بقوضها، ويمهد لزوالها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها. وما يطورها هو تنظيمها لهيكلها بصورة مقننة، واحتقاؤها بأمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قرره المحكمة الدستورية العليا باطراد فى أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة للدولة القانونية وأساس بنائها، وأن مؤداه أن تنقيد السلطان التنفيذية والتشريعية بالقواعد القانونية التى تلوهما، والتى يحدد مضمونها على ضوء المقاييس التى التزمها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعاتها، واتخذتها طرائق لحياتها، ونهجا لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

#### خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها وطوقها

٤٦- ويذا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تطو بأحكامها على القواعد القانونية جميعها، وأنها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، وتطوقها في الوقت ذاته *Conferred and circumscribed competence* وأن الأصل هو أن تباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتها في شأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود مناطق من الدستور على الجهة القضائية أن تنمض عنها أعينها.

ومما يعزز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل في الأفرع التي تنقسم السلطة، أنها متكافئة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته في الحدود التي نص عليها الدستور؛ فلا ينتل امتيازاً ثابتاً لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كي يكون خضوعها للقانون، ذا فاعل احرفها، حالاً دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -باعتبارها شخصاً قانونياً- على القواعد المقيدة لسلطتها، يوحد بين الفرقاء داخل الوسط الاجتماعي، ويحول دون تفاقم صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شكلاً لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأكل في مجال دعمها لحقوقهم وحراباتهم والعمل على حمايتهم.

#### سادساً: خضوع السلطة للقانون لا ينافي استقلالها

٤٧- كذلك لا ينالض خضوع السلطة للقانون، واجبها في أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتها واستقرار نظامها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعي بين أبنائها الذين تتصاعد احتياجاتهم باطراد في محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامه، وإلا كان الجزء اقرين خروجها على نواحيه وأوامره، مما جعل البعض يقابل بين خضوع الدولة للقانون -من جهة، وبين تقييدها لسلطاتها بنفسها من خلال القوانين التي تصدر عنها، والتي لا تلبس نزواتها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية. La theorie de l'autolimitation.

### سابعاً: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحاً قانوناً، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من يباشرها للقانون من جهة ثانية، أمران متماثلان. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا يباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها<sup>(١)</sup>.

وفي هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص في حدوده، بعد تثبتها من وجوده.

وفي هذا المقام، ينبغي التمييز في مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائي ينعقد لجهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية من جهة؛ وبين تفسير مبدئي يتولاه من جهة ثانية الأفرع التي تنوزع السلطة عليها - في إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما - كي يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه لنصوص الدستور التي ترسم تخومها<sup>(٢)</sup>.

In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the government must initially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

### ثامناً: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشرع

٤٩- ولا تناقض السلطة للتقديرية -والأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بما يفرضه عليها من قواعد تطووا.

ذلك إن السلطة التقديرية -سواء باشرتها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هي في حقيقتها موازنة بين البدائل التي تتراوح فيما بينها لتنظيم الموضوع الواحد، توطئة لاختيار أفضلها تقييداً للحرية، وأقربها اتصالاً بالأغراض التي يراد تحقيقها، وأدخلها لحكم العلاقة القانونية المعنية، وبافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها في مضمونها وغاياتها.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- دستورية\* جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤- ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) United States V. Nixon 418. U.S. 683, (1974).



ولا كذلك أن يقيد الدستور السلطة التقديرية في بعض جوانبها، إذ يحلها الدستور فيما تعلق به التقيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التي يفرضها الدستور على هذه السلطة، هي التي تبين تخوم الدائرة التي تصون الحقوق التي ضمنها الدستور، فلا يكون لاختصاصها إلا عدولاً على هذه الحقوق مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقييدها"<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تختلط بالسلطة التحكيمية. ذلك أن التقدير ليس استهواء أو تشبهاً، وإلا صار انحرفاً.

واتصال للتقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دفراً في الفراغ. وتوخيه تحقيق أغراض بنواتها، يفترض ألا يكون التقدير منفكاً عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التي صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل لاختارها المشرع لتحقيق الأغراض التي توخاها من تنظيم موضوع معين.

فإذا لم تكن صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التي توختها، صار للتنظيم التشريعي مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

وأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل يتكيا تحقيق مقاصد بنواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التي صاغها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تقسيما تشريعيا أو تصنيفا Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التي يمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعباء التي يلقيها على البعض أو التي يغطيهم منها، فإن اتصال النصوص القانونية التي يقوم عليها هذا التقسيم التشريعي بأهدافها، وينتهي أن يكون حقيقيا، ومنطقيا، وإلا صار منظوبا على تمييز غير مبرر دستوريا.

ولا كذلك السلطة التحكيمية التي تتلخص بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحض انفلاتا من القواعد التي فرضها الدستور في مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

#### تسعا: منافية الخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- وبلاحظ أخيراً، أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة في أعرق ملاحها، كذلك التي تجبر السلطة بها عن ميلها إلى الصلوان أو إلى التسلط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحض غلوا في مجال القواعد التي تعرضها على حقوق الأفراد وحررياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء في تشكيلها أو في مضمون القواعد القانونية التي تطبقها، بما يخل بحق المتقاضين في الحصول من قاضيه الطبيعي على الحد الأدنى من ضماناتهم التي يكفلها الدستور والقانون.

#### عاشرا: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون للحقوق عنها قواعد موحدة سواء في مجال طلبها أو الدفاع عنها واقتضاءها، أو على صعيد الطعن في الأحكام التي تتعلق بها. ذلك أن الناس لا يتميزون فيما بينهم في مجال فرضهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع للحقوق ذاتها التي يدعونها؛ ولا في اقتضاءها وفق مقاييس موحدة عند توفر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنظمها<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية - "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثانياً: أن تكون القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة في حدود ضيقة، ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من كل جدل حول دلالتها Legal Certainty، وحتى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائياً قائماً على معايير شخصية تخالفها الأهواء، وتقال من الأبرياء<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية في حق المخطئين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضمان نبوع أحكامها، وامتناع القول بالجهل بها. فلا يكون نشرها إلا كافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حالاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقيناً، أو كان إراكمهم لمضمونها مشكوكاً فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التي كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية السلمية التي حدد الدستور نفوذها وفصل أوضاعها، والتي يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا توفر إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز للتدخل بها -بعد زوال مقوماتها- لتكثيف حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المنطقة بالقراراتها أو بإقرارها، أو بإصدارها، أو بنشرها في الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بذاتها، وتعامل بالتالي كالعدم سواء بسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستهضئ تلك النصوص التي جرى تطبيقها في شأن المخطئين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زابتها قوة نفاذها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تكملاً فعلياً Actual Interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً مادياً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٨ - ص ٢٥٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

**خامساً:** كلما ارتبط تجريم أفعال بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وحدوده، بصورة جلية لا غفاء فيها، وإلا كان مجهلاً بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي تُنسب فيها وراء حدودها الخارجية<sup>(١)</sup>.

**سادساً:** كذلك فإن ربط الأغراض التي يراد تحقيقها، بالوسائل إليها An end - means test يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخضوع الدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجبل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القيود التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترهق محتواها، فلا تلمسها، خاصة حين تزيو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، على الثمار التي تريد السلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

**سابعاً:** ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديموقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، تعززها حقوق الأفراد وحرياتهم التي أدرجها في الدستور.

وتأتى موضوعية القيم الكامنة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجوداً واقعياً في ظل أحكامها، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتلزمها بالنزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق الشخص في اختيار الحرفة التي يريد امتثالها، تقارنها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي نقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديموقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فتوية تهيمن عليها وتوجهها.

(١) لكل محمية بحرية -وبالضرورة- حيز من المياه البحرية يكون محدداً لنطاق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أنشأها المشرع فيما وراءها. فإذا لم يبين المشرع أصلاً حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أغفل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الجريدة الرسمية، فإن خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم تكون منقوبة، بما ينافي الخضوع للقانون، ويخل بالحرية الشخصية من خلال قيود غير مبررة تنال من جوهرها -الحكم السابق- ص ٣٢٧ - ٣٧٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعني أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التي كونتها، وعلى الأخص في محيط الرقابة على الدستورية التي لا ينفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تداخلهما تعبيراً عن جوهر هذه الرقابة وحقيقتها. وموضوعية القيم الكاملة وراء نصوص الدستور، هي التي تعطى الحقوق التي كفلها ضماناتها العملية وتقريبها.

ذلك أن هذه القيم، هي التي تحكم النظام القانوني في مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالي في القانونين العام والخاص، وتوحد تطبيقاتهما في كل ما يتصل بالأغراض النهائية التي تنوحيها الحقوق الأساسية التي تضمنها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التي احتضنها الدستور، هي، التي تظهر أحكامه مما يكون قد شأبها من غموض. ذلك أن هذه القيم هي التي تحدد -من منظور اجتماعي- ما قصده الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية<sup>(١)</sup>.

#### خاتمة عشر: مبدأ الخضوع للقانون في الدول الفيدرالية

٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التي يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالي، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوفيق بين مصالحها ومصالح ولاياتها The principle of federal comity؛ وضمان نظامها

(١) يلاحظ أن فهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التي يحتضنها الدستور، إما إن يتم على ضوء نظرة تحريرية Liberal theory تأخذ في اعتبارها الحرية الاقتصادية والحق في تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد في مواجهة الدولة؛ أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالعائلات الدينية. ووسائل الإعلام ومراكز البحث العلمي وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory. أو على ضوء نظرة قوامها أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمتوادة عن ملامح النفس البشرية وطبيعتها Value - oriented theory.

وقد ينظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلائس بعض الحقوق من ملامح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق في حرية التعبير والاجتماع، فضلاً عن الدور الذي تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. وأخيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية الحالة الاجتماعية والحقوق الثقافية والأمن الاجتماعي. وعادة لا تمتد جهة الرقابة على الدستور في بحثها عن القيم الكامنة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان.

See. Donald P. Kommers, ibid, p. 49.

الديموقراطي للحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياسية فى تكوين الإرادة السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالى التى حظر تعديلها Unconstitutional constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالى باعتبارها مترابطة فيما بينها؛ The principle of the constitution's unity وتفعيلها للحصول على أقصى نواتجها؛ optimal effect، فلا يقع تنازع فى القيم على صعيد الدولة الفيدرالية فى مجموع مكوناتها، ولا تحبط إحداها أغراضا لغيرها.

(١٤)

بين تخرج قواعد الدستور وتساويهاأولاً: نصوص الدستور لا تخرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تخرج هرمي يقيم بعضها فوق بعض.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

>>>الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تخرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالتقيد التي تفرضها النصوص التشريعية. ويحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفي إطار الرابطة الضمنية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره مدخلا إليها، أو لازماً لصونها<<<sup>(١)</sup>.

ثانياً: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها في صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولأن كان البعض يميز في ديباجة الدستور بين عباراتها الغامضة التي لا يجوز التصويل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التي يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغي للتركيز عليه في ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما القواعد القانونية التي تنشئ هذه الديباجة بها.

فكلما تحذر علينا أن نستنبط من هذه الديباجة -حتى في لجزائها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية وعلامتها، فإن هذه الأجزاء تدعم قيمتها الدستورية، ولا تزيد

(١) دستورية عليا -التمضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية 'دستورية' جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ قاعدة رقم ٢٧ من ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عبارتها عن أن تكون سردا لحقائق تاريخية، أو لمراحل من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو لأمال ترجوها وتخطط لها<sup>(١)</sup>.

### ثالثا: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، أسبق في وجودها من الدستور. وقد تتعدد هذه الوثائق وتتوغل، ويزداد ثراؤها تبعاً لاختلافها في المسائل التي تنظمها واتساع أفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو بمزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -في مجموع مفرداتها- روافد متكفلة لصورة هذه الحقوق جميعها.

وكثيرا ما يثور الجدل حول أهمية هذه الوثائق في علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التي ينبغي أن توفرها لها، وما إذا كان قدم بعضها يسوغ إطرارها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحتمل -في مجال فصلها في دستورية القوانين- إلى نصوص الدستور وحدها. بل تضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل في مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يوحد بين أجزائها، بل يقيم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق في أزمان مختلفة تنبأين ظروفها، وكان لها من تعددها واتساع أفاقها، ما يناقش تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الآراء الفلسفية التي أوحىها، كثيرا ما تتنافر، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحد معانيها على ضوئها.

وقد يحل الدستور القائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، ككلام بذلك تساويها فيما بينها.

(١) فما تضمن عليه ديباجة الدستور القائم في مصر من أن شعب مصر العظيم يحمل إلى جانب أمانة التاريخ، أهدافا عظيمة للحاضر والمستقبل بذورها للنضال العظيم والاشواق لا يبلور سمع وضوح هذه العبارة -قاعدة قانونية يمكن استخلاصها منها. ولا كذلك ما جاء في هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه العبارة، أن سيادة القانون هي -التي تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازاً لصاحبها يقبض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.



وقد يصدر في شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور؛  
موغلاً في القدم؛ أو حديثاً، موكباً لحقائق العصر أو متخلفاً عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها في الأفكار الفلسفية التي  
وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحريتهم لا تجمعها دوماً نظرة واحدة، ولا تخالفها الأفكار عنها،  
بل لكل منها وجهتها.

فمن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها  
مقررة أصلاً لمصلحة ذواتها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا في أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع  
أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليقف بين مباشرتها من  
جهة، ووجود الجماعة التي يعيشونها من جهة ثانية.

وقد تنظر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق في الصحة والحق في التعليم والحق التضامن من  
زاوية اجتماعية، فلا تكتفها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالاً عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة  
مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها<sup>(١)</sup>.

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة  
لا مجال لإكراكها.

فالدستور الفرنسي لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ المسير المطرد للمرافق العامة بما يكفل  
انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في  
الجمهورية، والتي تشكل جزءاً من رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي عند  
الفصل في دستورية القوانين قبل إصدارها.

(١) إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعة الفردية مؤسسا ديمقراطية سياسية، تديرها الدولة في  
أضيق الحدود. ولا كذلك ديباجة دستور ١٩٦٤ التي تبلور الطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحريتهم، وتقيم من  
خلال النصوص التي تنظمها، ديمقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

ومن المحقق، فإن مبدأ المسير للمطرد للمرافق العامة، ينفيه انقطاع الصال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق في التنقل قيمة دستورية قد يقدها -إلى حد كبير- ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية الشخصية في تحديد الأجر، ينقض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦- ولئن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الوحيدة، قد يزيل بعض مظاهر تنقض أحكامها، إلا أن صوراً أخرى من التعارض في ذات الوثيقة، قد تستصعب على التوفيق كحق الدولة في احتكار بعض وسائل الإعلام باعتباره نقض التعددية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية الدستورية دوراً فاعلاً وعريضاً في سعيها للموازنة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعاً لها، عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غمض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرة شاملة تحيط بها في مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها -ولو لم تكن منقوعة عن أصل ينتجها- ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنائها بصورة أكثر تماسكاً.

والأولية التي يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض في مجال مولزنتهم بينها، لا تحسم ما يدعونه من تدرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تزيد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها<sup>(١)</sup>.

(١) يقول François Goguel وهو عضو قديم في المجلس الدستوري الفرنسي -من المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتطلبها بوجه خاص أوضاع العصر، والتي تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تحوز ذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة في طبيعتها، وترتبط بالإنسان بوصفه كائناً بشرياً، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦، فلها تتمحض عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد قائم في لحظة زمنية معينة.

François Goguel, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1982, p.236.

### رابعاً: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أزمان مختلفة لا ينفي تضمينها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضمن مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانوني خاص بها يقدمها على غيرها. بل يكون تساوياً هو الأصل الذي يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها -في مجموعها- جهة واحدة؛ وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة للترتيب.

بما مؤداه أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحول دون تجانسها في عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تفعيل الوحدة العضوية التي تجمعها.

### خامساً: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل أقدماً منسوخاً بالحقها

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها في البلد الواحد، لا يجوز أن يفسر على أن أقدماً صار منسوخاً بالحقها بقدر ما بينهما من تعارض، La regle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق في أزمان مختلفة، لا يفيد أن القديم منها يبلور أفكاراً بالية عتيقة لها من قدمها ما يسوغ تجاوزها، وإبدال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة في علاقتها بالوثائق اللاحقة عليها. ويظل هذا النظر صحيحاً ولو كانت الوثائق الأحدث، أكثر اقتراباً من جهة مضمونها- من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ -رفق ما يراه البعض- القيمة الدستورية الكاملة Pleine Valeur Constitutionnelle التي لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دولها. وهو أمر منتقد، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مؤداه -بمفهوم المخالفة A contrario- أن سواها كل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، ونكرجها فيما بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج في ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، أيا كان تاريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتأليفها في الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثائق جميعها فيما بينها، لتقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية الحلول الملائمة للفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تعاون هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤداه تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضها -بعض إلا ظاهراً، خلسة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق تلمسها اليوم في الحياة، وإن

جعلها من زاوية واقعية أكثر اقترابا من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus constitutionnel من قاعدة أخرى تمثلها في طبيعتها وخصائصها.

ولا بالتالي يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تفاضل بينها، إلا بقدر انتقاء القاعدة الدستورية التي تراها أكثر اتصالا بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراءتها للوثائق الدستورية في مجموعها، تنظيلا لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يفهم تمييزا بين الوثائق الدستورية -لا من جهة علاقتها ببعضها- بل من زاوية الحقوق التي تكفلها كلا منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التي تضمنتها هذه الوثائق، درجة من الصلابة أكثر من غيرها.

وهي بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره في الجماعة من جهة تطويرها وتعميق مقوماتها.

بيد أن وجهة النظر هذه ينحصرها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم على قائمة الحقوق التي يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها<sup>(١)</sup>.

ويظهر آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحرية الاجتماع والحق في التعليم<sup>(٢)</sup>.

وينحاز نفر منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التي لا تتقدم، والمقررة لكل فرد باعتباره إنسانا، ويندرج تحتها الحق في الحرية، وفي الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطهاد على تباينها<sup>(٣)</sup>.

واختلافهم المتقدم في شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية من غيرها، والأجدر بالحماية الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التي يقولون

(١) Bruno Genevois. la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. E.D.C.E. 1988,p.181.

(٢) Louis Favoreu. les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, court europeenne des droit de l'homme.1990,p.33.

(٣) Dpmonique Turpin, Contentieux constitutionnel. P.U F 1986. p.86.

بها، والتي لا تقرر قط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن لغيرها مرتبة ثانوية Second rang، ولكنها تال كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

ذلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قولهم الحقوق التي تتضمنها الوثائق الدستورية، والتي يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلاً لبعض هذه الوثائق على مواها. وليس ذلك إلا ترتيباً يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحتكم أحياناً إلى بعض الحقوق التي تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل في نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجبل بصرها في جوانبه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتفاقاً مع طبيعته.

فلا يكون خوضها في نوع من الحقوق دون آخر، تفضيلاً لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأقرب اتصالاً بالمسائل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين - لا من مفهوم التدرج بين القواعد القانونية - ولكن بوصفه ضماناً مبدئية لتعميق الديمقراطية وبناء أسسها.

وصح بالتالي القول بأنه بغير التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، وإن يكون دورها فاعلاً في مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافتها.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضى حماية أكبر - لا بالنظر إليها في ذاتها - وإنما بوصفها أحد شروط الديمقراطية ودعائمها Le fondement de la démocratie.

### الكتاب الأول

#### الأسس العامة للرقابة على التشريعية الدستورية

### الباب الأول

#### الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

### الفصل الأول

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعها

٦٠- لا شبهة في أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التي تقتضى أن تنقذ الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها في هذه الرقابة، تعليها على القانون، وتتصل على ضوئها في دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحدان في مرتبتيهما، لترجح إحداهما على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا لتصحيحها- وإنما من خلال إبطال ما يكون مخالفاً منها للدستور. وهو إبطال يقتضى أن تتخذ السلطة التشريعية من جانبها ما تراه من التدابير الملائمة التي تزيل بها الآثار التي رتبها النصوص الباطلة في شأن من أضرروا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر في بعض الدول، مرجعاً وحيداً للرقابة القضائية على الدستورية. بل تقوم إلى جانبها دياباجته- لا في مجمل عباراتها الجلية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، وأشباه بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت دياباجة الدستور حتى في ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تنتج قاعدة دستورية في طبيعتها، وكان توليدها منها متعزراً؛ فلن دياباجة الدستور تنفذ قيمتها الدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسل، وعباراتها الإشائية. ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور ودياباجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج النصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية تسوغها، فلا يكون نبوهاً عن حقائق العزل وإهياً، بل ظاهراً بكتراً.

وفى هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تُفعل نظرها فى مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته، مستوحية منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التى لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو التصالح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التى أتبنتها الجماعة ومنحتها لنفسها *The given values of the society*؛ أو إلى المقاييس المعاصرة التى اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها للعزل الجمعى وخروجها بالتالى عما يعتبر لائقاً؛ أو إلى قيم الحق والعقل التى لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة فى وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التى يصرون عليها لضمان أمانهم لأفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التى أتركوها؛ وكان دورها مؤثراً فى بنيان الدستور؛ أو إلى دلالة السوابق القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشارك فى اللغة التى يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقاً وإصفاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التى ينبغى اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تظل اجتهاداً قضائياً يتردد بين الانطلاق والراجع، بين نقطة للضمير وتهلويه، بين قوة الجهة القضائية التى تباشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتداول دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد حى على ضوء طبائع الأشياء - أن يقيم دعائم ثابتة تشق منها، أو تُسرد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوئها مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيراً من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة فى جملها، الخالصة فى بعض معانيها، المقصورة فى تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا التصور بالتالى، مبلوراً مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية بتعيين مقابليتها بالحلول التى تلائمها.

وكان قصور المعايير التي تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية في مباشرتها لولايتها، حافظا لجهات الرقابة -أو على الأقل لبعضها- إلى ابتداء معايير مختلفة تنتم بتقوعها وباتساعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للقرعية للدستورية، لا تقتصر معاييرها، على الدستور وديباجته، ولكنها تتعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كلا غير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق لجهتها فقهايا، بل ترديدا لحكم الدستور ذاته بعد أن أضافها في ديباجته، إلى النصوص التي تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هو الذي أضفى عليها قيمتها الدستورية؛ وجعلها موازية في قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكا حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته زلخرة بنصوص قانونية أُلحقتها في الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عُرِضَ هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، فقبلتها الجماهير جميعها، بمبادئها وقيمها ونصوصها، مبلورة من خلال إدماجها في الدستور، تماوياً مع نصوصه. فلم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المنمجة في الدستور منفلقاً، بل مفتوحاً أمام المجلس الدستوري الفرنسي، ومتجدداً، يحيل إليها كلما حزبه أمر.

وكان منطقياً بالتالي أن يؤكد هذا المجلس القيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، ولديباجة ١٩٤٦، وكذلك لكافة النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دستور ١٩٥٨ -والتي تحيل إليها ديباجته- جانباً من مفرداتها.

بل إنه فضلاً عن هذه الوثائق، فإن لوزمة للدستورية أو ككتلتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:



\* المبادئ الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République، والتي يندرج تحتها: حرية تكوين الجمعيات دون تدخل سابق من أية سلطة<sup>(١)</sup>؛ وحرية التعليم<sup>(٢)</sup>؛ والحرية الفردية<sup>(٣)</sup>؛ وصون حقوق الدفاع<sup>(٤)</sup>؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعي<sup>(٥)</sup>؛ واختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في سوء استعمال السلطة الإدارية<sup>(٦)</sup>؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المسائل المتعلقة بحماية الملكية العقارية<sup>(٧)</sup>.

ولا شبهة في أن عبارة "القوانين المعمول بها في الجمهورية" تعيد بالضرورة استبعاد القوانين التي كانت سارية في العهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح النظم الجمهورية L'esprit Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التي تحول إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ سابقة في صدورهما على نفاذ هذه الديباجة<sup>(٨)</sup>، وهي نتيجة ينازع فيها فقهاء آخرون، على تقدير أن إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ما، مقطوع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإنما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القواعد التي تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تستحق وصفها باعتبارها كذلك<sup>(٩)</sup>.

وفي إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستوري الفرنسي أن يعتد بواقعة ميلاد الشخص في فرنسا بوصفها، منفثة بذاتها - بوصفها آية - للحق في الجنسية الفرنسية، ولم يعتبرها بالتالي مبدأ جوهريا أقرته القوانين المعمول بها في الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد في فرنسا من أجنبي، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

(١) C.C. 71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p. 29.

(٢) C.C. 77-87 D.C., 23 Nov. 1977, R.p. 42.

(٣) C.C. 76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p. 33.

(٤) C.C. 76-70 D.C., Dec. 1976, R.p. 39.

(٥) C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984, R.p. 30.

(٦) C.C. 86-224 D.C., 23 Janv. 1987, R.p. 8.

(٧) C.C. 89-256 D.C., 25 Juil. 1989, R.p. 53.

(٨) François Luchaire, le conseil constitutionnel, Economica, 1980, p. 182.

(٩) Dominique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 R.D.P. 1993, p. 12.

\* وتدخل كذلك فى رزمة الدستورية، المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عدتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التى يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويندرج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين<sup>(١)</sup>؛ والحق فى الملجأ أو حق اللجوء السياسى Le droit d'asile<sup>(٢)</sup>؛ والحق فى الحصول على عمل<sup>(٣)</sup>؛ والحرية النقابية<sup>(٤)</sup>؛ وحق الإضراب<sup>(٥)</sup>؛ والحق الجماعى للعمال فى تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم<sup>(٦)</sup>؛ والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الوهمية<sup>(٧)</sup>؛ ومبدأ تنظيم التعليم العام المجانى والعلمائى<sup>(٨)</sup>؛ ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولى؛ وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أمم أخرى<sup>(٩)</sup>؛ ومبدأ جواز تقييد السيادة بشرط التبادل- فى مجال تنظيم الدفاع عن السلم<sup>(١٠)</sup>.

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصوبه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها ترد فى أصولها إلى النصوص التى تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه النصوص، واستقلالاً عنها، يقرر المجلس الدستورى الفرنسى، أن من بين معايير وأدواته فى مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غاياتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالحد من تركيز الصحافة فى يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، فى الحصول على مكان يأويهم.

[1] C.C. 30 decembre 1981, R.p.41.

[2] C.C.9 Janvier 1980, R.p.29.

[3] C.C. 28 mai 1983, R.p.41.

[4] C.C. 15 Janvier 1975, R.p.19.

[5] C.C. 23 novembre 1977, R.p.42.

[6] C.C. 30 decembre 1975, R.p.26.

[7] C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.

[8] C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.

[9] C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.

[10] C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61.

٦٤- تلك هي رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي في مجال تنظيم دستورية القوانين، وهي بتتبعها تطرق أبواباً عريضة في اتساعها، تنفذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتنظيم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعد هذه الرقابة منحصرة في حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية معقدة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل في دستورية نصوص قانونية تتعدد صور العوار التي خلطتها.

وإنما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية في أعق مشكلاتها، فلا تنحصر آفاقها، وإن تحين ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التي يحيل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي، تظل بيده، يشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفاً.

ثانياً: أن القوانين العضوية *Les lois Organiques* لا تدخل في نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها في مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إجرائي خاص بها، واستقرار قواعدها وثباتها في علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثاً: ولا تدخل في رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

### الفصل الثاني

#### الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزاؤها ممثلاً في إبطال الجهة التي تباشرها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التي يحتضنها.

وتوفق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تقتل الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خططا من السياسية والقانون، وتنقلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تنتفعها الجماعة وتعيشها، وتوفق أوضاعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز للنظر إليها نون فهم للحياة السياسية التي توجهها، وتشكل ملامحها مراكز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن القضاة الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يختلفون فيما بينهم في المثل التي يؤمنون بها، والأيدولوجية التي ينحازون إليها، وكذلك في أوساطهم الاجتماعية، وتوقع ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هي نتائج قراراتهم التي يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوفقون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعي.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بافتراض تماسكها وتلاحمها في إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بعلاقة ما، مع غيره من النصوص التي لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، لو بما يناقض للحقائق التاريخية التي أنبتتها أو عاصرتها.

#### أولاً: السوابق القضائية وتطوير الدستور

٦٦- ويظل تطوير القضاة للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن السوابق القضائية قد تدعق في بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعميق الأضرار التي قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مدأ رجعيًا للسوابق القضائية التي تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها؛ وإننا بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قوالها؛ واستصحاباً لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاءً في أجيال لاحقة؛ ونكولا عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول السوابق القضائية بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ ويقولون من القضاة الذين تبنوها لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مقلداً، وإلى الحق موصداً، مع تراضيه على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان بوسعهم أن يصنوها عن أنفسهم؛ وإكساراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صليفاً في زمن معين، قد يكون ثنائياً ثلثها في فترة تالية؛ وكان ثابتاً كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبيئتها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى في مجال عمل المبلطة التشريعية، فإن البديل التي تختارها اليوم، قد تتحول عنها في الغد إذا كان للدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التي تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام السوابق القضائية، يتعين أن ينحصر في التطبيق الآلي للمباينة القضائية.

وفيما وراء هذا التطبيق، يظل تعديل السوابق القضائية وتطويرها عملاً قضائياً تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الأخص كلما استطال الزمن بين صدور السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية -بعد انهيار دعائها- سواء في الأصول التي تقوم عليها، أو في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تظل السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطوها فادحاً، أو تزمها معبراً عن نظرة ضيقة لا تقيها، أو تقتضها قيم جديدة تحتم العدول عنها.

ويتعين دوماً تأكيد أن القضاء في كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تبلور في واقع الأمر غير خيراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتاجها دوماً، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها، واجباً لا يجوز التفریط فيه<sup>(١)</sup>.

(١) ففي عام ١٨٩٦ أيدت المحكمة العليا الأمريكية للولايات المتحدة فصل السود عن البيض في المدارس العامة وذلك في قضية Plessy v. Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقرر أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم في الحقوق. بيد أن هذا المفهوم لتقلب من التقيض إلى التقيض وذلك في قضية Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل في ذاته -حتى مع توافر الوسائل التعليمية عنها- يعد منافية لأمية السود، منهياً آمالهم في حياة يكونون فيها أكثر ثقة بأنفسهم وانتماء إلى وطنهم، لأنه يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا في لونهم، وأنهم بالتالي أقل منهم شأنًا، وأدنى قدرًا.

فضلا عن أنهم فى الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تنافسا مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة آمال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضامرة شرايينها، فلا تنكفئ إليها نماء جديدة *Lui donner vie, la faire évoluer*، ترضيها ترضيها رباح للتغيير بما يحبط دورها الفاعل فى تشكيل مجتمعها، بل تبقى قلعة فى مكانها الأول، عصابة عن أن تتحول إلى حقيقة حية *A living reality*، تؤسسها وتوحدتها القيم المتواصلة فى عطائها، والتي لا يجوز أن تعزل السوابق القضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل التفاهم حولها مظهرها أو عقيما.

#### ثالثا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء السوابق القضائية

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هى فى مضمونها وأبعادها من عمل قضاء لا يلتزمون فى شأنها بغير خيانتهم للشخصية التى تتحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الايدولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيرا عن آراء آمنوا بها، جاهدين من خلالها أن يحدثوا شكلا جديدا لأحكامه. يعيدون به بناءها من خلال أفاق يطرحونها، مع ادعائهم بأن إدراكها عند إقرار الدستور، كان خائفا على آباءه.

وهم بذلك يهيمنون على نصوص الدستور بما يخرجها عن مقاصدها، وكان كلا منهم صانعها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يعدو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهم قاعدة القانون ذاتها من خلال تحريرها، بما يناقئ التزامهم الأصل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القيم التى يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقيها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها واتساعها يجعلها أحيانا عبئا عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل فى دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تلوها من بينها <<ما يكون لا تقا ومنصفا فى مفاهيم الأمم المتحدة>> أو <<متصلا برابطة ونقى بالقيم العليا للدول فى مجموعها>> أو <<مبصرا حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها فى مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو <<موفقا حقائق يملئها الضمير

الجمعي، أو معان غائرة في أصاق تقليد مجتمعا، فلا تصادما>> مؤدا أن هذه المعايير هي من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم في منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهي منطقة التصادم المحتمل بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

### ثالثا: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يعارضون تطوير الدستور، فاتهم أن أحكامه مهياة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التي تعاصرها.

فإذا لم ترها الثقافتا جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان فضاؤها خطوة متعشرة في طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الأفاق الجديدة التي تمايشها الجماعة، والتي يتعين توفيق لنصوص الدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن ينزلق إلى أغوار مياسية لها نقائصها ولوزارها التي ينبغي تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل في قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة متطورة، ليس تشبها من جانبهم، وأن تقييم النصوص القانونية المطعون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل عليهم أن يواجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغي عليها أن تتخذ من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التي تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والمعدل مع توجهها، لا يزال تطبيقها لازما وفق معايير بينتها تصحيحا لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها<sup>(٢)</sup>.

هذا فضلا عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر للنزاع التي تنظرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسمعها في كثير من تطبيقاتها Une large perspective.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التي تضمنها، باعتبارها جامدة في معانيها وتوجهاتها؛ وأنها في كل تطبيقاتها صورة ولحدة لا تتغير؛ وأن مفاهيمها أن تبدلها حقائق علمية لا

(١) Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionnel>>, 2e edition, 1990 p.206.

(٢) Willson <<Decision-making in the Supreme Court>>, 1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص في مجال حرمة الحياة الخاصة التي صار انتهاكها بالوسائل العلمية خطيراً وخفياً.

وإنما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأكثر، تتمثل في مسعيهم لتحقيق آمال ارتبطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهادها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرتهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أبعادها، ومع تطور صورها، وتعقد خيالاتها، وتنوع قيمها، شكلاً ثابتاً يصعبها في هياكل لا تتبدل تكون معها مقامع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلاً دقيقاً يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه في نصوص الدستور، مقتضياً توقفها ابتداءً، ومودياً لنهاية إلى انزلاق هذه النصوص إلى أخطاء كان ينبغي تجنبها؛ وإلى تمأججها أحياناً فيما تتعارض فيه. وهو ما ينالض ما تتوخاه الدساتير في الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التي تنظمها، وإجمال لا يفوس في تفصيلاتها، كي تظل صليمة -من خلال مرونة تطبيقها- عبر أجيال عديدة تتنوع اهتماماتها واحتياجاتها، وتباین مقاييسها فيما تراه ملائماً لبناء مجتمعها.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور في بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهامها يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم في أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التي ترجحها عند الفصل في المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقتضيها، ولو استبطنتها أحياناً من التنظيم المقارن، إذا كان شيعها بين الأمم المتحضرة دالاً على حيويتها وإسمائتها، ودورها المتعاظم في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلاً عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضرورياً لضمان استقرار نظمها من جهة؛ وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإثرائها من ناحية ثانية.



ولا ينال من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملامحها، أن تركز الجهة التي تباشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعي التي تحدد الجماعة من جهة ضوابط سلوكها؛ ولا تعارض -بطبيعتها- مفاهيم الحرية المنظمة التي تمثل من النظم السياسية قاعدتها من جهة ثالثة.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية -في بعض أحكامها- على الحقائق التاريخية، لا يعيبها، ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جذورا لنصوص في الدستور؛ وإما أن تكون من إرصاداتها. وهي في الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإبقاء بها.

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التي لا يتصور أن تبلغها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التي ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مراكز القوة السياسية والاقتصادية في بلد ما، وضرورة النزول على الحقائق الاجتماعية التي تلاعب التعديل المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أو ضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة في نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما وبثمة في خطاهاء، وقاصرة كذلك عن مواجهة احتياجاتها بصورة متتابعة، لتظل الجهة الأفضل في تطوير الدستور، هي جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حلا آنية لأوضاع معية طال زمنها، فبلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإنهاء للأثار القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاة الذين يباشرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التي تكل على تحوطهم، فلا ينفذون في مباشرة ولا يثبتون بما يجاوز حدود الاعتدال. وإنما يقتولونها بأنفسهم تقييدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما يثبتون في أحكامهم ما يعتبر تراثا حضاريا لأمتهم، مرتبطا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديمقراطياً، يمنحها مكانة جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة في الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيراً ما تكون قوة الدول الفيدرالية، عائدة إلى قضاء عظام أدركوا بفطنتهم وعمق ثقافتهم؛ أن تماسكها، وتحقيق التوازن بين وحدتها الإقليمية بما يكفل ترابطها؛ والصحار مواطنيها في إطار كيان مجتمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامداً وحياً لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عبئاً على وحدتها الإقليمية؛ ولا مقلصاً من اختصاصاتها بصورة تدريجية ومطرده، ولا عائقاً بذاتية كيانها؛ ولا مضيقاً عليها فيما يدخل في ولايتها، ولا محيطاً باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلاً وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع في حقيقتها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها أخذه في اعتبارها ملامحها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطتها في مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أعمق في محتواها، وأبعد في اتساعها، من سلطاتها في مجال تطبيق غير الدستور من فروع القانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على الشرعية الدستورية مركزاً فيها، تقبض دون غيرها، وببدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مناهجها وأدواتها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية للدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente<sup>(١)</sup> تطلى الدستور بالطراد، معاني جديدة بتغير بها عن الصورة الأصلية التي لمرغ فيها<sup>(٢)</sup>. وبما يجعلها حكماً أعلى Arbitre Supreme في مجال تفسير نصوصه<sup>(٣)</sup>.

Une signification nouvelle que peut changer la portée originare du texte constitutionnel.

(١) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

(٢) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canada", 29 R. du B.can.p.1136.

(٣) حلت المحكمة العليا الكندية -وفي إطار ولايتها الاستثنائية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكماً نهائياً في مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه؛ وكذلك عن طريق العمل، ويوثائق إعلان الحقوق؛ وبما يقرره المواطنون في مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، هي التي تغير بصورة رئيسية - عن طريق أحكامها - ملامح الدستور، فلا تتحفظ في مجال تفسيرها لقواعده، بل تعيد بناءها بقدر الضرورة التي تولجها، وبما يصون للدولة وحدتها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضي وارن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم يفضله فقط ميدان القتال، ولا القوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك - وإلى حد كبير - قضاء المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهجا فريداً لتقدمها<sup>(١)</sup>.

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك - بالقوة ذاتها - على المحكمة الدستورية العليا في مصر، التي تقرر في أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعي.

وإنما يتعين دوماً أن تُحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ وأنها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الأساق للرحبة التي يقتضيها تطويرة.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية سكوت لبعثها، إلا حرثاً في البحر، وإغفالاً لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من انساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والأفاق الجديدة التي ينبغي أن تبذلها<sup>(٢)</sup>.

(١) A. Tunc et S. Tunc, le système constitutionnel des Etats - Unies d'Amérique, Tome 2, Paris 1954, p. 483.

(٢) راجع في ذلك "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٢/١/٤ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ للمجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة أول فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦/٢٢ - ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

### الفصل الثالث

#### بين تطوير نصوص الدستور ، وملء الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال مواءمة النظر فى معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التى تقارن تطبيقها، لا يجوز أن يحتفظ بالأحرال التى تتخلى فيها هذه النصوص -وبالنظر إلى اكتفائها بأصول موضوعاتها أو كلياتها دون الإغراق فى تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها، فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكونة عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هى الصورة الثانية التى يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا، ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تقييها إلى حقائق العصر التى تعايشها [وقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها]؛ وإما أن يتعلق بتطوير الدستور بمنطقة خلا من تنظيمها، وهذه هى الصورة الثانية التى نعرض لها الآن، وهى بعد صورة عريضة فى اتساعها، بالنظر إلى الفروض التى تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التى ينظمها الدستور، تمتد لفروعها ونسبها كذلك. فلا يجوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، تعين الرجوع إلى الأصل الذى يحكمها ليفى عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسبغ على فروعها جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذى أُنشئها.

ب- أن فروع بعض المسائل التى يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتعين بالتالى ربط الفروع بأصولها حتى تستقيم معانيها وتتحدد الفكرة الكلية التى تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون وثنية بحقوق غير التى كفلتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة إلا من قبضتها. وفى ذلك تطوير الدستور من خلال اتساع الدائرة التى ينسب عليها.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المبحث الأول

#### أصل ترتد إليه الفروع التي يجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفياً ببيان أصل القاعدة التي

تجمعها.

ولأن ما يعتبر أصلاً، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخريب الفروع على هذا الأصل، يردّها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بأهل من الحماية ذاتها التي يقرها الدستور لأصلها، ولا تعزل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يعصمها من تنظيمها، تقديراً بأنها تنتشر من خلال انسيابها دون عائق، وأن القول بامتناع بقيدها، مؤداه ترمدها على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قررت من أن ضمان الحرية، لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك إن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تغنيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذه الحرية المعتبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تنفرد عنها حرية التعاقد وتدخل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطق الحرية للشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور العدوان على البدن التي تتعدّد أشكالها، وإنما تتسرج تحثّها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعيد العقود التي يدخل فيها، أيا كان موضوعها<sup>(٢)</sup>.

ب. ولأن الحرية للشخصية هي التي تحرك الحياة بكل مناحيها وطرائقها، فقد غدا منطقياً أن ترتد إليها كل الحقوق التي لا تكتمل هذه الحرية في غيبتها، ومن بينها حق الشخص في أن يتخذ

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٨ - من ١٣٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٧٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - من ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق في تكوين أسرة بظلمها للدين والأخلاق، بما يرمى لهذه الأسرة طابعها الأصلي.

كذلك فإن الدخول في أسرة ما، يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذين منها محورا لحياتهم، وإطاراً لأعمق خواصها، وما ينبغي أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة<sup>(١)</sup>.

ومن ثم كان مدخلها، الحق في اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتبارها الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالي للتدخل تشريعي في إطار العلاقة الزوجية للحد من فرص الاختيار التي تنشأها، ما لم يكن ذلك لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها<sup>(٢)</sup>.

جـ. كذلك فإن الحق في تكوين أسرة ترمي قيمها وطابعها الأصلي، لا ينفصل عن ضرورة صونها >>على امتداد مراحل بقائها، بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر في ترابطها أو يؤدي إلى تفتيتها، وتزريق أوصالها>>.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله، كي يرافق الزوج الآخر الذي لأن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التي يقضيها بعيداً عن بلده<sup>(٣)</sup>.

د. ولامتناع مجاوزة العقوبة لمولدين اعتدالها، سواء من خلال قصوتها أو امتناعتها فيما اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقيعها أكثر من مرة في شأن الأفعال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص مدنياً أو معنوياً، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعها

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطاً بذاتية الإنسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في لوق توجهاتها -ال قضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة التكافل الاجتماعي بين الزوجين، وضرورة توفيق عند الزواج لترتيب آثاره. انظر في العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع. ولا يجوز بالتالي فرض قيود زمنية على المدة التي يرافق خلالها أحد الزوجين للأخر طول مدة وجود الزوج الآخر في الخارج. انظر في ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجملة ١١/٥/٢٠٠٣، وهو حكم لم ينشر بعد.

فروع الحرية الشخصية التي لا يجوز أن تنال منها صور من الحدوث على البدن لا يمرر لسياها، ولا يتعيدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

هـ. والنص في الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحداثها إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يؤخذ أحد بجريمة كلن غير مندر بتجنيتها، ولا بالفعل كان إتيانها سابقا على تأميمها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن أخل بها القانون الجنائي الأسوأ وقعا على المتهم، فلا يكون هذا القانون رجعيًا، إلا أن هذا القانون يعمل به منذ صدوره كلما كان نالًا لوقوع الجريمة، وكان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التي فرضها، سواء بالنظر إلى محتواها أو لوصافها أو مبلغها *de peins Le contenu, les modalités et le quantum* بما يحيطها أقل بأسا في مجال مقارنتها بقانون قاتم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عند تطبيقها عليه.

وتلك هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي لا تعبر استثناء من قاعدة حظر رجعية القوانين الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها، وكلاهما فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية *De fond* التي تقارنها ببعضها لتحديد أصلحها للمتهم -بافتراض اتساقها جميعا مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها في عقوبتها- لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون الحرية الشخصية وأحفظ لجوهرها، فلا نعتد إلا بما يكون من بينها كقلا إنهاء القود عليها أو تخفيفها.

بما مؤداه ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح -ولو خلا قانون العقوبات منها- بوصفها ضمانة دستورية لا يجوز التفريط بها، وهي بعد من نوع الضمانة التي كفلها الدستور للحرية الشخصية<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٢/١/١٤ المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٢/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثامن.

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم- في اختيار نوع وقدّر التعليم، الأكثر اتفقا مع ميولهم، واقتربا من مداركهم وملكاتهم، فرع من الحق في التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقوامها على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في عديد من أحكامها<sup>(١)</sup>.

ز- والحق في النفاذ إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بها، يعتبر مشتملا بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلات وخدماتها بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها، وضماتها تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر في المعاهد التعليمية، وإن كان عائدا أصلا إلى خصائص مذهبها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التي تقوم بتدريسها، وقدرتها على التأثير في طلبتها وجذبهم إليها؛ إلا أن الانتفاع بمرافق هذه المعاهد وخدماتها وتسهيلات، لا يقل شأنا عن نور مذهبها وطرق تدريسها في النهوض برسالتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيمهم.

ولا يعدو هذا الانتفاع بالتالي، أن يكون ضرورة يقتضيها الحق في التعليم، وتتطلبها الشروط التي يكون التعليم في كنفها أكثر ثراء وحيوية<sup>(٢)</sup>.

ح- وحق العامل في الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يطمئن إليها؛ واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضوا فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلجأ إليها من أبوابها؛ فضلا عن الحق في إنهاء عضويته في نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التي أرسنها للنظم الديمقراطية في اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديمقراطية النقابية التي كفها، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هي التي تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقا للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلّج إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مقترضا أوليا لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابي إسهاما جماعيا لا يتمحض عن انقضاء حلول بذاتها

(١) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/٩/٧- ص ١٩٤ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق.



تستقل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها كغاية أيا كان صحتها أو عدوانيتها، فلا تكون وصايتها على خصوصها أمراً مقبولاً<sup>(١)</sup>.

ط- وضمنان الدستور بنص المادة ٤٧، حرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتوزيعها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها.

وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها وصور وجودها؛ وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتسهلون موقفاً، ولا يترددون وجلاً، ولا يعصمون بخير الحق طريقاً.

وعنها يتفرع الحق في افتتاح قنواتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق في ألا يكون الحوار إصماتاً مفروضاً بقوة القانون؛ وألا يكون التزاماً على مقاعد المجلس النيابية ولقما في دائرة محدودة ألقاها، تتصامل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق في انتقاد القائمين بالعمل العام محاطاً بأغلال غايتها إخفاء أخطائهم أو طمسها وسد الطريق إلى تعريتها.

بل إن حرية التعبير يقوضها أن ينطلق الطريق إلى الإبداع في العلوم والفنون، فلا تفتح أبوابها على مصارعها<sup>(٢)</sup>.

ي- كذلك فإن حق المواطنين في الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التي تسهلهم على معاشهم *Droit à des moyens convenables d'existence*، فرع من الحق في الحياة.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤١ - من ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٣٧ - من ٤٤٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كفل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمانتها مندرجا في إطار الصاية التي يكفلها الدستور لحرية التعبير.

### المبحث الثاني

#### فروع يجمعها أصل واحد

٢١- من النصوص التي يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تفوق فيها وتتفهم بها، فقد تعين القول بأن كل أصل هو القاعدة الكلية لكافة فروعه، أيمنح الأصل فروعه هذه معانيها ويحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من قبضه. ولا يتصور بالتالي أن تتناقض الفروع أصلها، ولا أن تتجاهله. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مود إلى فهمها بطريقة أفضل.

أ- فحق الفرد في أن يؤمن ضد صور الاعتقال والقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها، أصل للنص المادة ٦٦ منه التي تقرر شخصية العقوبة، ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبها. فلا يؤخذ بالجريمة غير جنايتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وألتم عليها وإعيا بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بغير من يكون قانونا مسؤولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها<sup>(١)</sup>.

جـ. والحق في التنقل من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز التفریط فيها. وقد كفله الله تعالى في قرآنه بقوله: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مفاكبها". ويقول "هو الذي جعل لكم الأرض، بباطا لتعلموا منها سبلا فجلجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها في المادتين ٥٠ و٥١ من الدستور، اللتان تحظران حرمان المواطن من الإقامة في جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا في الأحوال التي يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

(١) التوضيحية رقم ٢٨ لسنة ١٧ لتوضيحية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - لاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

إجرامية<sup>(١)</sup>. كذلك تحيل المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء في ذلك ما كان من صورها دائما، أو مؤقتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها في المواد المشار إليها، فرع من الحق في التنقل الذي يراه كثيرون واقعا في نطاق القيم العليا للجماعة؛ متصلا بمفهوم الحرية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق في الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيها وبثها؛ وبحرية الصحافة التي يعتز عليها أن توفر لقرائها مواد محايدة حقها محرروها بغير ضمان حقهم في التنقل. وغدا هذا الحق بالتالي امتياز لكل مواطن في إطار للنظم الديمقراطية، كإفلا تردده على كل جهة يريد التعامل معها، أو عرض بعض شئونه عليها<sup>(٢)</sup>.

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية في ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها في إجراء البحوث العلمية التي يقتضيها نشاطها، فلا تتغلق أو تنتقص دائرة الإبداع في دلترتها.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٢/٣/١٤ - لائحة رقم ٢٨ - من ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) Anticau, Modern Constitutional law, volume 1, 1969, pp.256,258.

### المبحث الثالث

#### نصوص فى الدستور ترشح لحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيرا ما يدل إمعان النظر فى بعض الحقوق التى نص عليها الدستور، على أن علالها، أو ما وراءها من القيم، وتتوخاه من الأغراض، متوافرة فى غيرها من الحقوق التى لا نص عليها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التى تسعها أحكامه، فلا تنحصر فى تلك التى نص صراحة عليها. وإنما تتدمج فيها كذلك الحقوق التى كفلها ضمنا -تتلو جميعها على ما سواها- بما يحول دون تكخل المشرع لتحريرها.

وأية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصا صريحا فى شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يتجاهلها مكتفيا بنصوص أخرى تكل عليها، من بينها حق الأفراد فى الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفى تأمين أشخاصهم ودورهم وأورقهم وممتلكاتهم فى مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين فى ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توفيا لإدلائهم -جبرا عنهم- بأقوال قد ندينهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها. غابتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيدة عن اقتحامها بما يخل بحرمتها. شأنها فى ذلك شأن اتصالاتهم البريدية والبرقية والهاتفية التى ينبغى ضمان سريتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التى تبلغ تطورها هذا مذهلا؛ وكان لتناميها بإمكانياتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فى أدق شؤونهم، بما جعل اختلاس بعض جوائبها وصولا لأغوارها، نهبا لأعينها وأدلائها<sup>(١)</sup>.

وما تنص عليه بعض الدساتير أو الوثائق من تحويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايا الحرية فى بلادهم، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتبر واثيا بالحق فى الحرية للشخصية وبالحق فى الحياة.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٦/٣٨، ٨-ص  
٥٦٧ - الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستغلال، يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً؛ وألا يساق إلى أشكال الدعارة على اختلافها؛ وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أدلوه وفقاً للقانون، ومطلوباً لمواجهة حالة طارئة، وتكليفاً لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل<sup>(١)</sup>.

وحق الفرد في الوجود متكاملاً مع الجماعة التي يعيشها، وبما يشد وثاقه بها، مُضْطَرِّحاً للحق في تقرير المصير. وحق المواطنين في السيطرة على مصادر الثروة في بلادهم واستغلالها وفق نظم تكفل سعادتهم، يفصح عن الحق في تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

و ضمان نصيبهم العادل في الناتج القومي، ليس إلا إيماناً وتوكيداً لحقهم في العمل، وبضرورة صون حقهم في الملكية بمراعاة وظائفها الاجتماعية.

و حقهم في الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلادهم، مؤشر لحقهم في فرص التعليم وفق مداركهم. وعلى ضوء مبادئهم.

و حقهم في صون كرامتهم، بملفهم امتيازاتها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تتسم بنسوتها، أو بحتتها من آميئتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقاً، بل محظوراً.

ومساواتهم في الضريبة، إر لخص بتكلفتهم في الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية.

وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طابعها الأصلي، وعلى ضوء قيمها وتقليدها في مجتمعها، مؤد للحق في تأسيسها على الخلق والدين.

والنص في الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكتفل بمرها وانتظامها؛ ككل ثبوتها كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها في القرية.

والحق في تلقى العلوم من أربابها، وإنش بالحق في تلقيها الآخرين وتعليمها وتقييمها.

١١

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٣ من دستور جمهورية مصر العربية.

### الفصل الرابع

#### الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تتسم الدساتير المعاصرة بتبنيها في مجمل أحكامها، قواعد تقوم على تحويل كل سلطة حقوقا صريحة أو ضمنية من جهة؛ وعلى تقييدها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تقييد السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التي لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القيود، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، إلهاء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعا بعزمهم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، غايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل لنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحرياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض في تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكسى هذه النصوص لحما، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها في الأعم من فضلا عن أن غموض معانيها في كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع للقول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التي تركز عليها هذه الجهة في عملها، إلا أن اجتهاداتها هي الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحا ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تمثل من للنظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملاحظها.

وحتى الدساتير التي كان موقفها من هذه الرقابة مترددا، أدرجتها في صلبها بعد إيمانها بحيويتها، واقتناعها بضرورتها، وتعاضد دورها في مجال ضمان تقييد السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرماء جهة الرقابة القضائية لقواعد الشرعية الدستورية، انتزاعا لاختصاص غير ثابت لها، بل جزءا من عملية تفسير الدستور وتطبيقه في نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعد على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبولا القول بأن الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هي صانعتها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية في بلبان النظم الدستورية جميعها  
 .The Cornerstone of the constitutional edifice

هذا فضلا عن أن نصوص الدستور التي لا يُضِلُّ المخاطبون بها على تنفيذها، لن تزيد عن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها في بيءاء مقفرة، فلا يسمعون أحد.

### أولاً: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو الدستور؛ وكان تطبيق هذا القانون يقتضى إطراح ما سواه من القواعد القانونية التي يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهة القضائية، عمالاً لمبدأ تدرج النظم القانونية في البلد الواحد؛ فقد تعين أن يكون الدستور هو القانون الأعلى، خاصة وأن أحكامه لا تحدثها إرادة تفويقية أو انتهائية تملو فوق المواطنين وتقتجسهم، ولكنهم يصوغونها بأنفسهم قاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة أفضل في قيمها ووسائلها.

ولم يكن ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Marbury V. Madison*، من أن الدستور كقانون أساسي، لا يجوز أن تحيه قاعدة تتقاض أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون في نزاع معين<sup>(١)</sup>؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة في الفضاء العريض، ولا هو ابتداء غير مسبوق، بل تأكيد لحقيقة قانونية لا نزاع فيها تقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكثر وضوحاً في الدول الفيدرالية التي ينظم دستورها حقوق مواطنيها وحرياتهم على امتداد ولاياتها أو مقاطعاتها أو كانتوناتا من جهة؛ ويركز كذلك على تخوم العلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية هذه.

ذلك إن تفسير جهة الرقابة القضائية لدستور الاتحاد بصورة متعقطة ومتوازنة، هو الذي يحفظ العلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية تماسكها، ويكفل لردمها، ويقم تعاوناً وثيقاً بينها، لا يخل بالتعود الحاجزة لسلطة كل منها.

(١) *Marbury v. Madison*, U.S. 137 (1802).

فلا تيسر إيجادها يدها لانتزاع لاختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها في إطار منظومة متكاملة، لكل منها -في نطاقها- حقوقها التي تصونها جهة الرقابة القضائية، وواجباتها التي تلزمها بها، كسي يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناحر وتقلص المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية *Maximes of political morality*.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تنصل في كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التي تضمنها الدستور.

بل إن هذه الرقابة هي الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجسطها جزءا من بديان الدستور.  
The Sine qua non of the constitutional structure.

### ثانيا: الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية

٧٥- وفي الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل في تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى في كل أجزائها<sup>(١)</sup>؛ ولأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بغير دستورها المحلي. بل إن هذه الرقابة هي التي تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولاية، وعلو دستور الاتحاد على الدساتير المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم تغل بعض ولاياتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية في قراراتها من خلال مباشرتها لولاياتها الاستثنائية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبديان الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية ألزمتها بتنفيذ أحكامها مقررة أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها متفرعة بالضرورة عن واجبها في ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية ولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى في بلدها من خلال تطبيقها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

(١) Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 cranch) 87 (1810).



الولاية، وإلزامها بالحدود التي رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها مناقضة لقوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفى ذلك يقول جون مارشال: "لو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصنات المبادئ العظيمة التي قام عليها بديان الدستور، فإن النتيجة التي نستخلصها والتي لا مفر من التسليم بها، هي أن المحكمة الأعلى لهذه الأمة، هي التي ينبغي أن تتعد لها ناصية الأمر في مجال مراجعتها لقضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة في مجموعها" (١).

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التي تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية، والتي تُخضع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تنافس الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطاً في أجزائه، ولا متولفاً في اتجاهاته؛ مردود أو لا بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لازماً أن ترد النصوص القانونية جميعها إلى الدستور، ولن تبطل كل قانون أو قرار يخل بالحدود التي رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانياً بأن المبادأة الوطنية يستحيل ضمانها بصورة مائة داخل الدولة الفيدرالية، إلا عن طريق تحقيق توازن في بنيان الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة للرقابة القضائية على الدستورية تكون حكماً بينها، ولا يكون قرارها في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، إلا قولاً فصللاً، بما يجعلها السلطة النهائية في تفسير الدستور.

٧٦- وحتى في غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم في الخصومة للدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. والقيمة القانونية التي تكتسبها أحكامها، قد تسقطها السلطة التنفيذية العاتية التي أغرتها قوتها المتردية بأن تحد تارة بنفسها نطلق المعونة المالية التي تمنحها السلطة القضائية كي تتيها على إدارة عدالة مقتررة، ولن تتدخل طورا آخر في عملها إلى حد تجاهلها لقراراتها؛ بالرغم من قيمتها المعنوية الناجمة عن دعم المواطنين لها.

(١) Cohens. v. Virginia, 19 U.S. (6 wheat) 264 (1821).

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية في هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية في شئونها، سواء من خلال تحديد طرائق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التي حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها الداخلي؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل في منتهاه، إلى حد اقتلاع جهة الرقابة، أو إرهابها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانتها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور، وعلى الأخص في مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

### ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول في مفهوم الديمقراطية، لم تعد به ديموقراطية بالقانون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالدستور La démocratie par la constitution.

كذلك كان التركيز في بنية الدستور -سحتى فترة قريبة- دائراً حول مبدأ فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التي كان ينظر إلى ضمانها باعتبارها نتيجة مترتبة بالضرورة على تقييد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع التي تمارسها.

وحتى الفقهاء وإن اختلفوا حول لفصلية النظام البرلماني على الرئاسي، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغي أن يتم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد في ضمانها على الكيفية التي ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، في نطاق العلاقة بين الأفرع التي تباشرها.

وكان منطوقا بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغلبية البرلمانية، اليد الطولى التي تسيطر بها على زمام الأمور في بلدنا، أن تقوم الدساتير في العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور هو الحقوق التي يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعنيها حقوق الأفراد أكثر من إسرافها في التركيز على ضوابط فصل السلطة والنظم التي تحكمها.

٧٨- وبدا الدستور على ضوء هذا التغيير في المفاهيم التي يقوم عليها، ميثاقا يكتل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديموقراطية- من خلال جهة الرقابة على الشرعية الدستورية على الأخص، التي تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تناميا متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفر حمايتها وسائل الجزاء التي تقارن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائها في الدستور وعدها واحدا بعدد الآخر. بل تعلق الأمر بنوعية الضمانة التي تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أدواتها ومناهجها في هذه الرقابة؛ وعن طريق تعدد المصادر التي تحتكم إليها في مجال تربية دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها في هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة في أن لفكرة التقليدية للدستور، تشمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور معناه ومغزاه، لا يتمثل في مجرد رصد هذه الحقوق والحريات -سواء في صلبه أو في إعلان الحقوق قائم بذاته- وإنما تتفتح للدستور أفاق بعيدة في مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأقل في ضماناتها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحريته عرضا وعمقا، فلا تنحصر في القائمة المغلفة التي يبينها الدستور من خلال إحصائها وعدها<sup>(١)</sup>، وهي قائمة كان احترامها في الماضي معلقا على يقظة المواطنين بكل طوائفهم، وارتبط تنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التي تلعبها مراكز القوة في بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن للسلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق إرادتها وبالكيفية التي تراها. بل صار من المحقق تعليق سلطتها في إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بآلية ضمانته من طبيعة دستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) فحق الفرد في اختيار زوجته غير منصوب عليه في الدستور، ومع ذلك كفلته المحكمة الدستورية العليا لأعضاء مجلس الدولة الذين يريدون الزواج بأجنبية إيمتورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية إيمتورية- جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -القاعدة رقم ٣٨- من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C., 26 juillet 1989, R.p. 66; C.C.91-296 D.C., 29 juillet 1991, R.p.102; C.C. 90-281 D.C.,december 1990,R.p.91

٧٩- والذين أمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التي نباشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديمقراطية التي كان شكلها السابق يقوم على الخلط بين الجماهير وممثليها؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية؛ وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أنابتهم الجماهير عنها في تمثيلها، فلا تلو إرادتهم عليها، بزعم أنهم يطون محلها في التعبير عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه النظرة للديمقراطية، هي التي تبنتها جهة الرقابة على الدستورية التي تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة؛ وبين السلطة التي تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هي بدلاً عنهم في تقرير نطاقها أو اقتضاها، ولا تستعيز عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هي ومليتهم في التعبير عن إرادتهم في مواجهة ادعاء ممثليهم البرلمانيين بأنهم أصحابها.

#### رابعاً: حلول الديمقراطية القضائية محل الديمقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديمقراطية التي تكون ملاحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديمقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فإن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ في اعتبارها أن الذين يدعون تمثيل الجماهير، قد يخونوها أو يسيئون للتعبير عن إرادتها في أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص في شأن القوانين التي أقرها، مناطها إخضاع السلطين التشريعية والتنفيذية لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيراً عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافيقها مع السيادة الشعبية، تقديراً بأن ثانيتهما -حون أولاهما- هي التي ينبغي الخضوع لها.

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale, Economica 1984.

وقريب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر في خطبه أمام البرلمان في ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحريةهم تتحد بالضرورة مع ممثليهم، ونقع في أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des représentants et reposent entre leurs mains, cité par Jean - Yves Guémar, l'ideologie nationale, champ libre 1974, p.39.

هذا فضلا عن أن التمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة في وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية التي لا يكون مجتمعها إلا منيا، ونشاطها إحداثا لعلائق جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحررياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكيدهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن للسلطة التشريعية أن تعبر بطريقتها عن مفهومها للسيادة الشعبية، إلا أن ادعاءها احتكارها تمثيل شعبها، مؤدها إفلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، ولقضاءها على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطتها التي تحدد بها -ومن منظورها- ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولايتها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها -بطريق مباشر أو غير مباشر- لتتصل فيما يطرحه عليها من الطعون في شأن مخالفة قانون للدستور<sup>(١)</sup>.

٨١- ولا جرم في أن الديموقراطية في صورتها الحديثة، قولها إخضاع أعمال السلطة التشريعية -وباطراد- للقيم التي تتميز بها الجماعة في لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالي تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التي اختطتها طريقتا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به الدستور المعاصرة إلى جهة اختصاصها بالرقابة القضائية على الدستورية كي تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية في شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

(١) Domonique Rousseau. Droit de Contentieux constitutionnel, 4e édition. pp.397-403

وقد أثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهي بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تنقذ بأحكامها، السلطة التشريعية التي تبثّر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُشخصون -من خلال الاقتراع العام- إرادة الأمة ويعبرون عنها، خاصة وأن المهمة التي تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر في تقييم القوانين الصادرة عنها، سواء تعلق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -ممثلا في القواعد الإجرائية التي تتبعها السلطة التشريعية في مجال اقتراحها أو إقرارها- أو إصدارها- أم بصورتها الداخلية التي يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقتضى الرد على هذا التساؤل التمييز في مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين تقرها السلطة التشريعية في حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من توافق منطقي بين النصوص القانونية التي أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة بها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور في جوانبه الشكلية أو في مضمون أحكامها.

وهذه هي منطقة الرقابة على الدستورية التي لا نزاع في أن الدستور لم يفوض السلطة التشريعية في افتتاحها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغي أن تنقذ بأحكامه، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، نعتبرا بأن النزول عليها هو روض لإرادة الجهة الأعلى التي أنشأتها، ويعتثها من عدم.

ومن ثم لا تعارض الرقابة على الدستورية -التي لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تقدر ملامحة إقرار النصوص المطعون عليها في لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل في حكمائها، أو بواعثها- الديمقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور -وهي التعبير الأعلى عن

الإرادة الأشمل والأوثق للجماهير العريضة- الحماية اللازمة لها بفرض كلمتها على المخاطبين بها<sup>(١)</sup>.

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق في وجودها من كافة المستير والوثائق الملحق بها. وهي حقوق لا تتقدم من جهة وتتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك للنزول عنها أو تجزئتها<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حرامتها<sup>(٣)</sup> لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة وفعالية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقيدها بالحقوق السابقة في وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً دليلاً من خلال تقييدها لنفسها *L'autolimitation*. وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق سلطة غيرها، مختلفة عنها، تقيدها بمحتواه *L'heterolimitation*.

(١) ولا يعنى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تطو بها على الإرادة الأعلى التي أسستها. ودليل ذلك أنه لو قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفة قانون للدستور، ثم أقر الشعب في استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيراً عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن القوانين التي يخضعها لولايتها هي تلك التي أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التي وافق عليها الشعب في استفتاء، لأنها تبلور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية.

les lois soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992, R.p.94].

(٢) يزيد إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وجهة للنظر هذه، ذلك إن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هي صون حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقلم فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

(٣) حرص مجلس الدولة الفرنسي على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك يساهض المجلس الدستوري الفرنسي تحكم السلطة التشريعية من خلال إخضاع أعمالها للدستور وحقوق الإنسان<sup>(٤)</sup>.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عملية تتوخى أصلاً وقيل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحرياته<sup>(١)</sup>، فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية والتكافؤ في المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التسامح التي يكون بها مجتمعها قائماً على التضامن بين أفراده، الحائزين لحقوق يملكونها في مواجهة الدولة لتسمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلزمها بإنفاذ تلك الحقوق، كي تتخذها قاعدة تنطلق منها في تصرفاتها.

#### خامساً: تفسير الدستور تفسيراً نهائياً معقود لجهة الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية دون غيرها

٨٣- على أن القول بالحقوق الطبيعية للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التي تنظمها تعتبر مهياً بخصائصها لإنفاذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هي التي تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، وبمراعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور. بل يجوز دوماً مساعتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التي لا تباشر -من خلال وظيفتها القضائية- عملاً سياسياً.

والحق أن كل تغيير في المفاهيم الديمقراطية، يحمل في ثناياه تغييراً في أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان للديمقراطية في بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإبدالها الرعية

(١) يشكك بعض الفقهاء في هذه النتيجة. ويدلل عليها بخلاف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لازم لحقوق الإنسان في قضايا أصدرت فيها أحكاماً لا تشرفها من بينها:

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v. Gruiksbank, 92 U.S. 542 (1876); United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883); The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); See also Edward S. Corwin, Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press, 1938), pp. 85-128; Henry Steele Commager, "Judicial Review and Democracy," Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.



بالمواطن، وتفضيلها السيادة الوطنية على نظرية الحق الإلهي، ولارتكازها إلى مفهوم العقد الاجتماعي بدلاً عن تحكم الملكية.

وفي مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال حق الاقتراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم للديموقراطية الاشتراكية.

٨٤- وبإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديموقراطية تم تصويبها. فلم يعد البرلمان والقانون مهيمنا على مظاهر الحياة في بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق في أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة في مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية وانحرافها، وأن ترند ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور La préeminence de la Constitution.

وصح للقول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور<sup>(١)</sup> La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution وأن تنفق الآراء والأفكار وتعددها، هو جوهر الديموقراطية<sup>(٢)</sup> L'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitue le fondement de la démocratie وأن هذه المفاهيم الجديدة، تبلور إطاراً للديموقراطية وليدة تحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها<sup>(٣)</sup>.

٨٥- ويبدو غريباً في إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون في مواقعهم حججاً باهتة ليس لها من سواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها القانون الصادر عنها إذا ناقض الدستور، وأن استقرار حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل دوماً لمصلحة مواطنيها<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C.85-196 D.C., 23 Aout 1985, R.p. 70.

(٢) C.C.89-271 D.C., 11 Janvier 1990, R.p. 21.

(٣) Dominique Rousseau, Op.cit, pp. 403-417.

(٤) Leonard W. Levy <<Judicial Review, History, and Democracy>> in Judicial Review and the Supreme Court, (New York: Harper & Row, 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وغالبا ما يكون سعيها متوخيا لإرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقا منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطاتها أن تفسر الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطاتها هذه، لا يجوز أن تكون قولا فصلا تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائيا، عاصما تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بآسياً من وجهها.

هذا فضلا عن أن لكل جهة قضائية عثراتها، وصلاحيتها للفصل في المسائل الدستورية، لا يسقطها خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحرياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تعلى الدستور عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضائها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم فسي نطاق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوظائفها، ويحول دون إغواء قضائها للذين يتم اختيارهم بعناية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكدون لحقوق كل مواطن وحرياته، ضماناتها، ويناهضون القيود غير المبررة عليها؛ فلا يولجون للقضايا التي يفصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية<sup>(١)</sup>، التي تجعل من دعمهم الحرية خاصة أساسية تميز نشاطهم<sup>(٢)</sup>، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المسائل التي نعد إلى تجنبها<sup>(٣)</sup>.

#### سادساً: الديمقراطية تتلقى التسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديمقراطية -على حد قول الرئيس الأمريكي لينكولن- لا تعنى تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية<sup>(٤)</sup>؛ فلن من الصحيح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط معقولة تصرفاتها.

وتصرفاتها هذه، هي التي تراقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التي تباشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد للتدبير التشريعي وضمان استقراره، وهو ما يعنى أن أحكامها في المسائل الدستورية، تبلور فرصة ثانية *second thought* تنجيها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كي تصحح نفسها بما يكفل للديموقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالي القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مغالطة لتلك التي تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة ترتجى منها.

(١) ضرب جون مارشال بعض الأسئلة في قضية *Marbury V. Madison*, 5 U.S.137 (1802) ميرابها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسميرين القوانين الجنائية بأثر رجعي، *Ex post facto laws* وتقليص حق المواطن في الأمن.

(٢) Eugene Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 *Harvard Law Review* [December 1952, p.215].

(٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص في القوانين التي تنظم العلاقة بين المالك والمستأجر، وهو التنظيم الذي تجنبت السلطة التشريعية تحديده، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين وتمسكها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(٤) Abraham Lincoln "First Inaugural Address", in *The collected works of Abraham Lincoln*, ed. Ray. Basler, 9 vols, Rutgers University Press, 1953, 4:268.

٨٧- غير أن أبرز أوجه النقد المعاصر لوجود جهة للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تقويم اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- تحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوما بعد يوما، مع تراجع قوة الرأي العام وتضاؤل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار يوسعها اليوم -ومن خلال تفسيرها للدستور- أن تتفد إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أى وقت مضى.

وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية<sup>(١)</sup> تمنح للقانون ولا تفسره<sup>(٢)</sup> The law giver القوة بيدها، وميفها مملط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على للتدخل إيجابيا في المسائل التي تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصر بنتائجها.

وقضاتها فوق هذا غير مسئولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم في الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ وروايتهم العالية تؤمن احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التي يوجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التي يفصحون بها عن كيفية فهمهم الدستور.

وكان منطقيا بالتالي أن يدعو بعض المعلقين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها<sup>(٣)</sup> وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط تظل من صنعها. ولا يتصور أن تصحح بذاتها قراراتها، ولا أن تنحصر عن صورة من صور مراجعتها.

(١) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية من قواعد قانونية في شأن الفصل العنصرى، وعقوبة الإعدام، والحقوق التي تشملها حرمة الحياة الخاصة، وحقوق المتهم، والدعوى التوكيدية Affirmative action، والمسائل السياسية.

(٢) Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press. 1966 ed volume 2, p.299.

(٣) Alexander Bickel. The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianapolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -مع اعترافنا بصحتها في كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوبيا قويا في مجال تحديد الجهة التي تفصل في تطبيق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضائها، مرتبط بدورها في مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

#### سابعاً: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائية

وكان ضروريا بالتالي أن تكون هذه الجهة قضائية في تشكيلها، وأن نباشر وظيفتها من خلال الخصومة القضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحدرًا من حيثها واستقلالها عن السلطتين الأخريتين، بقصد توفيق ما قد يطرأ عليهما من عوج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالا على يقظتها، فليس ذلك عيبا يشينها.

ولا كذلك ملابيتها التي توهم علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تخاذلها في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحررياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التي تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إساءتها في مباشرة وظيفتها القضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التي تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مرددا إلى طبيعة وظيفتها القضائية لتعلقها بالكيفية التي تفصل بها في نزاع معين.

#### فإذا قيل بحكم كفايتها، فإن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بتمامها بما يعنيه ذلك من إطلاق سراح السلطتين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطتين مطها في مباشرة مهمتها، أو أن تراقبها في كيفية ممارستها لوظيفتها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملاً وقانوناً. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير  
سلطتين متبديان بكل أمر، وتعصفان بكل حق، ليظهر الدستور كوثيقة جوفاء في معانيها ومقاصدها،  
وفي القيم التي تتوخى فرضها.

### الفصل الخامس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: مبرراتها

نفترض الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية خلفية مواتية تحيط بها؛ ونقطة انطلاق ترتكز عليها؛ وإطارا للعمل يدعم وظائفها؛ وتوكيدا لنهائية أحكامها.

#### المبحث الأول

##### الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو تعاليا. ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأمر الذي تباشر السلطة للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بيئتها ترتبط بنوع وخصائص الديموقراطية التي تحيط بها وتتفاعل معها.

#### المطلب الأول

##### الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقيا بالتالي ألا يكون لهذه الرقابة موطن قدم في الدول الشمولية التي تشكل مجتمعها<sup>(١)</sup>، وتبلور القيم التي يختص بها، من خلال مفاهيم تستل بتحديد عناصرها، وأخصها نزعتها الايدولوجية التي تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها.

وهي بعد دول لا تتعدد أحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقاليد الأمور جميعها -السواسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هي الذي يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرصد تحركاتهم، ويقيّد حرياتهم، ويتدخل في أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويعزلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استثار حماسهم من أجل دعم نظمها والدفاع عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية في نشاطها، وهو يصنفهم بين مؤمن بمذهبها، ومعارض لقيمتها.

(١) تناهض الدول الشمولية، الدول البرجوازية، وهي في اعتقادنا تلك التي تتحكم فيها ديكتاتورية نقلة الرأسمالية لتبشر سطوتها على البروليتاريا التي تمثل الطبقات الكادحة.

ولأن حزبها منظم تنظيمًا هرميًا وتسليطيًا، قائمًا على الاختيار الدقيق لعناصره، فإن حق الانضمام إليه لا يكون مكفولاً لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتتمتع بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التي يُحمل المواطنون على اعتناقها والامتثال في فصول دراسية لتعلمها An all-encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة السرية التي تتعقبهم، والوسائل القمعية التي تطارد بها الخارجين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظماً Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، مواءم ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بإذنها، لضمان صيغهم في قولها.

واستبدالها بمصادر الثروة في إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها. وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقضيها بنفسها، لضمان احتكار عناصر القوة بيدها، ولحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ماحقة لا تهلون فيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تتمتع ناصبة الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزباً سياسياً وحيداً<sup>(٢)</sup>.

مثلاً هو الحال في كثير من الدول الأفريقية والآسيوية النامية التي كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفيض بالأمل في حياة أفضل. وما أن حصل مناضلوها على استقلالهم حتى آل أمر الديمقراطية فيها سراباً.

(١) Michael G. Roskin- Robert L. Cord - James A. Medeiros and Walter S. Jones, POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION, fifth edition, pp 59- 72.

(٢) كان لويس الرابع عشر ملكاً لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "أنا الدولة" كذلك كانت أسبانيا في عهد فرانسكو مثلاً للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيدولوجية يدافعون عنها، وكان التحدد قائماً في الصحافة والاقتصاد، ولكن في حدود ضيقة أما الصين فتعتبر مثلاً للدولة الشمولية بسحقها الحركة الديمقراطية



ولم يحظ التعليم فيها بدوره المتوقع. وتضائل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن الفقر والجرع معظم مواطنيها، وصرفهم السعي لضمان قوتهم، عن النضال من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثورة الصناعية، ولا حريصاً على الاتصال بأسبابها وأدواتها.

ولبصر المواطنين وزن القليلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان تراكمها.

وروج قادة هذه الدول مقولة أن اقتصاد بلدهم وازدهارها، مطلق بأيديهم، وبما يصدر عنهم من أعمال يكفيها لصحتها أن تكون مبلورة ما يتصورونه من وحيم كفافاً أمل مواطنيهم واحتياجاتهم. وليس لازماً بالتالى أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم فى مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاهـا لا تتحكم فى كل صور النشاط فى مجتمعها، ولما يكون لديها ليدولوجية تناصرهما وتروج لها.

كذلك يظل جانباً من المسائل العائلية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهى فضلاً عما تقدم، لا يعينها أن تكفل حريتهم، وحزبها الوحيد تكترج مستوياته وتتصاعد، منتهية جميعها إلى قيادة أمرة لشخص أو لجماعة لا تولى لقيم الحرية والتوافق والتعاقد والعمل بصورة مقبولة، إلا دوراً ضئيلاً، شأنها فى ذلك شأن بعض عناصر الديمقراطية التى قد تتسامح فى وجودها. ذلك أن القيمة الأعلى للدول السلطوية، هى صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما يتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاهـا بوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثانيها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها<sup>(١)</sup>.

(١) مثلاً حدث فى الاتحاد السوفيتى الذى تصدع تماماً بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

### المطلب الثالث

#### أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي

٩٢- وقد تتحول النظم السلطوية -من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها لثرواتها- إلى نظم ديموقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة<sup>(١)</sup> بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ ونبذها الأفكار الديماغوجية أو التطرفية؛ ووعيتها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ وانغماسها في مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثرواتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتعددية عملاً، والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعينها في النهاية على إيجاد صحافة ناقدة، وضمان حق الاقتراع الحر والعام، وأن تكون الحزبية تعددية بالضرورة.

### المطلب الرابع

#### النظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتاز حكوماتها بدعم للجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ وتداول السلطة سواء في أشخاص من يتولونها؛ أو في القيم التي تؤسسها؛ وبقراستها التي تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها النيابية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ وبحق مواطنيها فسي عسيانها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحرافها؛ مع التسليم بتكافئهم في فرص الحياة السياسية<sup>(٢)</sup>؛ وفي القيمة التي تعطيها الدولة لأرائهم؛ وفي إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفي حيادها في مواجهة هذه الآراء؛ وفي موازنتها الحرية بالقيود المنطقية التي تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالي أن تباشر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة في ظل نظم لا توافق للديموقراطية في ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص في دول لا تؤمن بأن للناس جميعهم حقوقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقيد ضمانها سلطاتها.

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة في دعم النظم الديمقراطية لأن مكسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام في الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على تقلد الوظائف الحكومية، أمر نظري بحث لأنها تحتاج إلى كثير من المال وإلى روابط عنصرية أو صلات دينية.

وكذلك إذا لم تكن التحدية هي نقطة البداية في تنظيماتها السياسية والثقافية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها الحقيقة تعبيراً عن أرائها الرسمية التي لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها في إنقاذها. فلا تتلون موافقها بغير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انفلاقها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل النفاذ إلى معلوماتها، سياسة تلتزمها وتمييزها بين الأحزاب في بلدها، مفتوها إلى تدخلها في شؤونها وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، اتجاهاً ثابتاً لها.

### المبحث الثاني

#### نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- تحرص الدستور المعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

أولهما: فصل الأفرع التي تبشر السلطة عن بعضها البعض. وثانيهما: مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكفل التوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية قال منها أو نقيذ من محتواها. ولم يكن منطقياً أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدير صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

وتلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولاهما الدستور سلطة الفصل في دستورية النصوص للقانونية جميعها، وسواء كانت هذه النصوص في صحيح نكيفها القانوني، تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً؛ وسواء كان تصادمها مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كإظلة حقوق الأفراد وحررياتهم، وإليها تحتكم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال النصوص للقانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانوناً أساسياً Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدها إلى تشريع.

وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافاً أو تباهياً أو ترذخاً، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية نابجاً عن غلواء السلطة وانحرافها عن مقاصدها.

بما مؤده أن لنصوص الدستور - في أصول المسائل التي تنظمها وفروعها - الصادرة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥- ومن غير المقبول بالتالي أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكلنا مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة التأسيسية من خاصية الإلزام، وأحلتها إلى مسوخ شواء بغير قيمة، وليس لها في محيط الحياة القانونية لية آثار يمكن ترتيبها عليها<sup>(١)</sup> *It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect*. شأن هذا القول شأن إدعاء تناقض نصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مواجهة عصرها، كلاهما سقيم وغير سديد.

وكان لازماً بالتالي أن يرتبط إنفاذ نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون الدستور هو القاعدة التي تنطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وترتكز عليها، سواء صرح ما ادعاء بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود في جذورها التاريخية إلى بعض السوابق القضائية التي أنشأتها<sup>(٢)</sup>، لم صرح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تكل على تراثها فيما بينها؛ أو على وحدة اتجاهاتها؛ أو على مساكنتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن الرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التي تدعو بعض الدول - والنامية منها بوجه خاص - إلى التردد في القبول بها. بل إن الدول التي تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التي تباشرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وآثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة - القانونية والواقعية - تشهد بأن هذه الرقابة - ولما كان خصومها - تفرض نفسها كضرورة لا نزاع في ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتكم إلى قوانين الطبيعة؛ ولا إلى قوانين فوقها تد إلهاء ولا إلى مفاهيم يقتضيها العدل والمنطق في صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قدسيتها، وإنما هو الدستور - كمبدأ بوثائق إعلان الحقوق التي يضمها إلى صلبه إذا أحل إليها في ديباجته - تحتكم إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتطو النصوص الوضعية التي تضمنتها على مسا رواها.

(١) *Marbury v. Madison* 1 Cranch (U.S.) 137 (1803).

(٢) من بين السوابق التي تكثر الإشارة إليها ما قرره لورد Coke في قضية *Dr. Bonham* حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void. (1610) 8 Co. 113b. 118a, 77 ER.646, 652.

ولا يتصور بالتالى فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تتعد السيادة للقانون بمعنى الكلمة؛ ولا أن يكون ليطاله بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالا على علوها على السلطة التشريعية أو حطها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض فى مباشرة اختصاص ما، أصيلا فى مجال الفصل فى مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة انحرافاً عن ضوابط ولايتها ولا تغليباً لامتيازاتها على حدود مسئوليتها؛ ولا فصلا لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأتى الدستور به أو يرخص فيه.

وكان منطقياً أن يقيم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -ومن خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون الدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوته أو قيمة مبادئه- غير مرجعها الوحيد فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها.

ومن ثم تستلزم جهة الرقابة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هى بجهة سياسية فى تكوينها ووظائفها، ولا هى فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها و ضماناتها. ولخصها حديثها واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل فى دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجريان آثارها فى شأن المخاطبين بها؛ أم كان مناهج رقابتها ممثلاً فى النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها فى الجريدة الرسمية، وبدء اليماد المحدد لمرئياتها.

ومواء نظم الدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تنحصر الرقابة القضائية فى يدها؛ أم عقد أمرها المحكمة الأعلى فى بلده من خلال سلطتها الاستئنافية التى تباشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن الخصومة الدستورية لا تنحصر إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة أصدرتها هيئة تمثل أمته بصورة أصق وأشمل، وعلى وجه أكثر توثيقاً من السلطة التشريعية وممثليها.

٩٦- ولازم ما تقدم، أن يكون الرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلاً فى دستور منون جامد، فلا يحكم لسواه<sup>(١)</sup> تقديراً بأن نصوص هذا الدستور هى التى تحدد بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التى تباشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

<sup>(١)</sup> يأخذ حكم الدستور -النصوص التى فيها همه دستورية ولو لم يكن الدستور قد نحل إليها فى دليلته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. نللك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرها تتوخى تحقيق نوع من التوازن فى الحقوق التى يكفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيده من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور بظ وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزمان معين. وإنما يكون مرياتها وبقاؤها مشروطا بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير فى قليل أو كثير من جوانبها<sup>(١)</sup>.

ويظل توفيق الدستور مع أوضاع الجماعة التى يعايشها مطلوباً، ولو كان مرناً. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تمسك بها القوانين التى تقرها، ولا تقوم بالتالى ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تغيره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبه، أو تناول تغيير بنيانه بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التى لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تعدل بها تشريعاتها. وإنما يتعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التى تلزمها السلطة التشريعية فى تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود فى الدستور. وهو جمود لا تقررر إلا هيئة أعلى خرج الدستور من صلبتها، وتسمو بمنزلتها على السلطتين التشريعية والتنفيذية المعيرتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالى لجمود الدستور، بالطبيعة النوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التى تعدل بها السلطة التشريعية قوانينها.

(١) Kamper v.Hawkins, 1 Virginia Cases 20,38 (1793).

نظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية McCulloch V.Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316.(1819) حيث جاء فى الحكم الصادر فيها ما يأتى:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

(٢) قررت المحكمة الدستورية العليا فى مجال تعريفها بالقوانين النكلة للدستور، أن هذه القوانين هى التى تتناول فى مادتها، القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم لية وثيقة دستورية، ولتى يتعين حتى يكون التنظيم التشريعى مكملأ لها أن يكون مفصلاً لحكمها، كالقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لتشؤون العدالة دون تدخل من لية جهة. ولا كذلك القانون الذى يحدد أحوال فصل الموظفين بغير الطريق التلئيبى أو الذى يصدر فى شأن التفتية العامة.

مستورية عليا القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية جلسة ١٥ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٢٢/٢١/٢٢/٥٠/٢٠٠٠ ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء الخامس من المجلد الأول من أحكامها.

٩٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن السلطة التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر في القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها انتقالاتها بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية في حالة بذلتها يبلورها نطاق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما ينحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا تفترض ثبات نصوص الدستور في معانيها. ولا فهمها بصورة واحدة في أزمان مختلفة. ذلك لأن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها في الأوضاع القائمة في لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالحلول التي تلائمها. فذلك وحده هو الضمان النهائي لحيوية الدستور ولقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. ويظل تطوير الدستور عملية مطلقة تفترض وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعاني التي أعطتها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية<sup>(١)</sup> وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقيم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها في مركز المشرع الأعلى<sup>(٢)</sup> Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوباً في حدوده المنطقية، وضرورياً في المناشير الجامدة بالنظر إلى للقيود الإجرائية الباهظة التي تحيط بتعديلها، بما يصير إجراء هذا التعديل في الأعم من الأحوال.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in Griswold, warned", unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention".

(٢) أنظر الرأي المخالف للقاضي Holmes في قضية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663, 678 (1966).

"When a 'political theory' embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country".



ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التي تنطلق منها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة النصوص المطعون عليها للدستور، إلا أن لهذه الجهة أن تستهض في مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعد إلى فهمه بالاستهداء بتفسير الحقائق التاريخية من المصادر، كالمواثيق القضائية بقدر تعلقها بالنزاع المعروض عليها، وإن ظل محظوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصوراً شخصياً من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلاً بمواجهة تفسير هام طرأ على الجماعة<sup>(١)</sup>.

(١) W.J. Brennan, Jr. "Inside View of the High Court". New York Times Magazine 35 (6 October 1963): See also I. Kaufman, Remarks. "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983).

### المبحث الثالث

#### الإطار الذى تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل فى دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بعدد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملاً.

فليس متصوراً أن يكون دور هذه الجهة فاعلاً فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانه تابعاً لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

وإنما يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، وإن دل العمل على تدخل السلطين التشريعية والتفيذية فى تشكيلها لطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليوسعها أو يضيقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها فى يده، مؤداه أن يستقل ببيان حدودها، وأن ينقض عليها إن أُراد فلا يتوافق لجهة الرقابة القضائية ضمانات استقلالها عن السلطين التشريعية والتفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاه هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حددته- بقصد التأثير فى قراراتها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز فى أية حال أن يعامل قضاتها بوصفهم من موظفى الحكومة العاملين فى خدمتها؛ ولا أن تنظر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة فى ميزانية جهة الرقابة القضائية<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يقرر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم<sup>(٣)</sup>.

(١) Robert H. Jackson. "The Supreme Court in the American System of Government". Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi, p.20.

(٢) بالرغم مما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تد على نمط الموازنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية فى شأن الأموال التى ترصد فيها، وهو ما ينال من استقلال المحكمة ويقوى قبضة السلطة التنفيذية عليها.

(٣) يظل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى مناصبهم حتى موته ما برحوا حسنى السمعة، كذلك فإن مرتباتهم تكفل لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطتين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثر في عملهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التي يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاعل دورهم، أو همد نشاطهم.

كذلك فإنه مما يناهض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن يعهد إليها بأعمال لا شأن لها بالوظيفة للقضائية التي تتولاها. كأن تُلَزم برصد محادثة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -بناء على طلبها- آراء استشارية تبديها لها، أو أن تفصل في غير خصومة قضائية تُكسّر تقابلاً وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعدياً على جهة الرقابة على الدستورية، مخالفاً لاستقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، تدخل إحداها في تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحرير مضمونها، أو إسقاط حجبتها، أو عن طريق إرجاء أعمال الآثار القانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عوائل التنفيذ هذه إما تحول مضمونها أو إيمادها، دون اكتمال مداه، فلا تتصل حلقته ببعضها، ولا تتضمن فيما بينها، ليفقد الحكم جدواه من خلال تعطيل جريان آثاره بتمامها دون نقصان.

وعوائل التنفيذ هذه، هي التي حرص قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الخمسين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التي أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها، ولو كان مصدر هذه العوائل قانون أقرته السلطة التشريعية، ينال من التنفيذ في حقيقته ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدليته<sup>(١)</sup>.

وفي مواجهة هذه العوائل جميعها، يكون بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، السلطة الكاملة التي تزيلها بها. فلا يصير لها بعد تدخلها -ومن خلال منازعة التنفيذ التي يطرحها عليها كل ذي شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوماً أن هدمها لهذه العوائل يتخذ إحدى صورتين:

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- للقاعدة رقم ١/٦ ص ٨٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

أولهما: أن يتمثل عائق التنفيذ في قرار صدر عن جهة إدارية، وعندئذ ينعدم هذا القرار ويمامل باعتباره مجرد عقبة مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذي شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن العلم بنقض الوجود، ويمتحيل إحياء العلم من جديد، إذ الساقط لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا العائق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية الدستورية، ولخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العام على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها -رحمتها متعدياً إلى الناس كافة- وإلى السلطة بكل تنظيماتها- دل ذلك على إغراغ ولايتها من مضمونها<sup>(١)</sup> بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هي التي تكفل للحقوق التي تصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قائمة ألوانها.

وتبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحاً في الدول الفيدرالية التي تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية ووحيدة، تعمل -من خلال أحكامها- على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاصات الاتحاد وولاياته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هي أو ولاياتها، لخل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد تفراط عقده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوباً للعمل يصون سرية مدلولاتها التي تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تحدد بنفسها ما تنظره منها  
To decide what to be decided.

(١) أحباا يتحقق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى في الدول العريقة في ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكي جاكسون على حكم لم يجبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطباً رئيسها جون مارشال ومنهما "قد اتخذ مارشال قراره، وعليه الآن أن ينفذه".

"Marshall has made his decision , - now let him enforce it".

وهي في كل حال لا تفصل من منظور مجرد في نزاع تقرر السير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس يوسعها أن تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، في إطار سياقها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هي التي تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها ووجهتها<sup>(١)</sup>، فلا يجوز تحريفها.

يؤيد هذا النظر، أن الكلمة الواحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد في كل للفروض<sup>(٢)</sup>.

وينبغي بالتالي في مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها - على الأخص إذا شابهها غموض في بعض جوانبها أو لحاظها في كل أجزائها - الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعيتهم في لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم إجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها في اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكوتا عن تنظيمها.

١٠٠ - ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تكل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع في شأنها<sup>(٣)</sup>.

ولخضاع النصوص القانونية المطعون عليها في مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج في إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون الباطل لا ينقلب صحيحاً بمجرد قدم العهد على تطبيقه.

(١) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant , we ask only what the Statute means".

(٢) McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(٣) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التي أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل ببقائه.

وإنما يجب فصل النصوص التي إبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التي تواجهها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة في إطار وحدة عضوية لا تنقسم مكوناتها، وألا يكون منافيًا لحكم العقل تطبيق ما بقي من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التي تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانوناً. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون في نزاع معروض عليها، أو من الفصل في دستوريته، إلا بناء على نص في الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح في القيود التي يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، وتوافقها مع القيود التي تقابلها، والمعمول بها في الدول الديمقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص القانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل- اتخاذها المشرع -تحقيق الأغراض التي استهدفها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوباً في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضائها بين مؤيد ومعارض للالبيتهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما انحيازاً لمنطوقه والدعائم التي قام عليها؛ وإما استقلالاً عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها في بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض في النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضي تغيير هذه النصوص -وبقدر الإمكان- بما يجنبها مناقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره في نصوص الدستور التي تنص على تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحررياتهم التي يعامل كل عنوان تشريعي جسم

عليها باعتباره مشتبهاً فيه، مقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل لإخلالاً بها<sup>(١)</sup>.

١٠١- والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مدولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض لواقعة النزاع وبيان حكم القاتون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاء هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، ينلى القضاء بأصواتهم بدءاً من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحثيون في إبدائهم لأرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكاً فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم الفصحوا عن توجهاتهم في المرحلة الأولى من مدولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون في مرحلة الاقتراح قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مداولاتها في مرحلة واحدة يندمج فيها عرض واقعة النزاع وشرحها، بالاقتراح على حكم الدستور في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضائتها. بل من أحدثهم صعوداً إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المداولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلّغ فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي تتعلق بها هذا المشروع.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

أحدهما: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقرراً للقضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مداولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada". 2e tirage revise 1991, p.164-166, 170.

تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها، ثم يقوم كل عضو -بدءا من أحدثهم وانتهاه بأقدمهم، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية- في النزاع المطروح<sup>(١)</sup>.

وثانيهما: أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية -بعد انتهاء مداواتها المبدئية- بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية التوزيع في الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من زاوية معلوماته الأعمق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للكثير على تكوين مسودة الحكم في صورتها الأولى.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذي يلعبه رئيسها في مجال تنشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضيا من الأغلبية يكون أكثر اقترابا من الأقلية في وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق في الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

وقد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم في القضايا الحيوية، أو التي تعتبر علامة بارزة في اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضى الموزعة عليه للقضية، هو الذى يقوم بتكوين مشروع الحكم الصادر فيها، بإذلا فى ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه فى بعض النظم، ومنفردا فى نظم أخرى<sup>(٢)</sup>.

ثم يعرض هذا المشروع فى صورته المبدئية على للقضاء جميعهم. ويعتبر هذا العرض محوريا فى مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التى يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاء -ومن خلال سيرهم لهذا المشروع واستشرافهم أبعاده- قد يغيرون من أصواتهم، وينحازون لفريق دون آخر. فلا تكون

(١) هذه الطريقة هى المعمول بها فى المحكمة الدستورية العليا.

(٢) فى الولايات المتحدة الأمريكية يعد القاضى المشروع المبدئى لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين فى علم القانون العاملين فى مكتبه Law Clerks. ولا وجود لمثل هذا النظام فى مصر.



مواقفهم فى صورتها النهائية، غير طرح لموضوع النزاع، على نحو يودى إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد فى اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن القضاة قبل أن يتخذوا قرارا نهائيا فى مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى فى أحاديثهم للتليفونية أو الجانية أو عن طريق أوراق يتبادلونها فيما بينهم، أو على مولد الطعام التى تجمعهم، أو تضم فريقا منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر فى الصورة النهائية التى يوافق القضاة عليها<sup>(١)</sup>.

وكثيرا ما يفضى تعمق مشروع الحكم من خلال تعليبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن القاضى المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد بلغت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نولحى هذا الخطأ مرفقا بها تصوره الجديد لمشروع بديل. فإذا أقرره، كان ذلك هو الحكم النهائى فى الدعوى.

وفى ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التى يتعرض لها القاضى الذى بعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصده الأغلبية حقا وصدقا، وأن يكون كافيا على الدعام التى يقوم عليها - لقبولها به.

وسعى فى ذلك يدل على الإستراتيجية التى يختلها فى مجال إقناعهم بوجهه نظره. وهو يخاطبهم جميعا وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيفهم، كى يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون للمشروع النهائى للحكم، إلا شرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعائم كافية للحكم يكون مدخلها تفاوضا مضنيا، أو حتى المساومة لأجادا.

ولا كذلك للقضاة الذين يدنون آراء منفصلة - موافقة أو معارضة للأغلبية - تلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

(١) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pennsylvania Bar Association Quarterly, 405 (1960).

وبينما يفصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم في انطلاق، فإن القاضى الذى يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيرا ما يكون حريصا، يعطى لكل كلمة تضمنها الحكم وزنها، نائيا بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا فى سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة فى مجملها إلا تعبيراً متكاملًا عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضى بالتالى، أن يعطى تصورا عما ينبغى لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذره مستقبلا، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالبا أن آرائهم تبلور الحقيقة التى تنقضها الحكم الذى خالفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعدل يومنا عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأى الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية فى واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية يحملها على أن تصوغ حكمها فى حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراتها، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما موداه أن توزيع مسودة مشروع الحكم على القضاة فى مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة أحد لآرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأتق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كى يكون أكثر إقناعا وحصما.

١٠٢- وفى إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة للقضائية على الدستورية لقراراتها -الناجمة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة فى النظر فى الدعايم التى يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائى أكثر تعبيرًا عن آراء متوافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبيًا، وإنما يظهر بين زملائه كـر من للجهة القضائية التى يرأسها، The Tituler Head. فهو بعد جدول القضايا التى تنتظرها، ويندرج مداولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار فى النقاط التى يدور الجدل من حولها. وهو -فيما بين زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالًا بالجهة القضائية التى يرأسها باعتبارها متوليا ألق شئونها، كافلا تكاملها فى إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثرا فى اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقرته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها ملبا أو إيجابيا، فلا

تتطبع عليها غير صورته في عزمها وليتها؛ في انطلاقها وتراجعها؛ في حيويتها وخفوتها، في نواحيها وكبوتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنظرها وتعددها من جهة؛ وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلا مكانتها، مرتبط بكفائتها في إنجاز عملها؛ ويقرتها على صمم المسائل التي تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتعلق منها بالملكية وبالحرية وبالحق في الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغي أن تنقسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين فئاتها بديلاً عن التناحر. فلا تجد الآراء المتصلية طريقها إليهم. بل ينبغي أن يكون تكلفتهم من أجل الحقيقة؛ وخلافهم دائراً حولها؛ وجدلهم مهنياً لا شخصياً؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التي يتناولونها يبحثهم تثير نقاطاً قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسية بالقيم الاجتماعية والخلقية كذلك المتعلقة بقوة الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيق شرط الحصة القانونية المتكافئة، وصور العنوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانته، أو احتجازهم بدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعواهم في بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة -التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها- وتسجيلها<sup>(١)</sup>.

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها في أنها تقوم على تشريح كامل لآراء الأغلبية، وتحليل لجوانبها المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعقبة.

(١) في بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أبداه بعض قضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوماً عن الناس نزعاً بقاعدة سرية الدولة التي تخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يبررون بها عن مواقفهم من الحكم سواء بتأييده أو لانتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهني وتبصير للرأي العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينصم أمرها بعد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بديلاً عن القاعدة المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التواكل والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ؛ وهم آمنون أن أحداً لا يعرف شيئاً مما يفعلون.

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومثانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جانباً لأغلبية جديدة تتحاز لها.

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، ولهم لا يميلون لغير الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعقد المسائل التى يبحثونها، وأن من يبذلونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع وبصره بجوانبها، حديداً.

ولما يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل بدبها، والحقيقة التى آمن بها مطمئنة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا لإحاطته بأبعاد موضوع معين منتجاً.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بألفاظه، وبالدعائم التى ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التفرع بسريرة المدولة، تقاربه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجهل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول المتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تفصل فى مسائل بالغة الدقة يطبق بعضها بحقوق المباداة التى تنتازعها الدول التى تمثل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلاً فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة نكلتهم، ونوع أبحاثهم القانونية، ودرجة ثقلها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصلتها. وفي ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظوره موضوعي.

ثانياً: أن لسرية المدولة مفهوماً يبنى أن ينحصر في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم التوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر في الصورة التي يرضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه القضاة، وإن كان يلور رأى الأغلبية التي تصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منسوباً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما القلة التي تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علاتيه رأياً مخالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها. فلا يلزع إلى آراء لم يقم بدراستها أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة؛ أو انحاز فيها إلى فريق دون آخر بغیر وعى بنتائجها أو أبعادها دون غوص في بحارها. وإنما يعلن رأياً موثقاً ومدعوماً، قائماً على ما يراه أكثر صواباً وأمن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، وبقطة ضميره.

ثالثاً: أن ما نلاحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المدولة هي الزريعة التي يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها الثقلاء، قانعين بأن تكبير الحور وتوجهه قلة من بينهم. فلا يحتجون إلى مبادئها عبق وعمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها، وإنما يؤثرون صمتاً أو دوراً متضلعلاً، بدلاً من أن يكون جهدهم علماً نافعاً.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتناضل أرواحهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحاً وقاطعاً.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لأرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والقصور في الحكم. فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يفترون لصالحها مالأة لها، ولا يعارضونها بغیر حجة ظاهرة، وإنما يحرمون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تطمسها.

خامساً: إن الذين وضعوا الدستور، صاغوه في لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواصلة هذه اللغة مع أوضاع تتغير ببطء في الجماعة التي تعاشها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة الكافية التي يواجه بها القضاء صوراً من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تنور أصلاً لولا تخطي السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية<sup>(١)</sup>، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضية الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاء جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصوتها، فلا يكون تكلمهم على هذا النحو، إلا تطوراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريها  
A living Constitution with a Vengeance

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغير قضائياتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتتعدد تولياتهم بشأنها؛ إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر بقلّة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقاً مع روح العصر.

فلا تكون مناقشاتهم حول معاني الدستور، وما ينبغي أن يعتبر تطوراً لأحكامه، جدلاً دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها. بل يتعين في مرحلة بذاتها أن تكون آرائهم معلنة وقوافاً عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقياً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومُجهلاً، فلا يعرفه غير القضاة الذين أداروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدستور. بل قوة دافعة ومتدفقة لا تُضيق من حقوق الأفراد وحرّياتهم أو تضيق بها، بل توسعها، ولا تغض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمدّ يدها إليها لحمايتها، ولا تكفل لكل جماعة أسىء تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

(١) من بين ذلك تخطي السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المجر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على للتدخل فيها من خلال الحلول القضائية التي قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة؛ وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها؛ وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتجنبها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها<sup>(١)</sup>؛ بما يعيد للتوازن في المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توفد نشاطها على هذا النحو، يعود في مضمونه وماده، إلى قضية متحررين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمي لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التفسير.

والأدق أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التداخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشؤون؛ وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها؛ وإلى رعاية للتعليم القانوني واتساع دافئته؛ وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة (Public-interest litigation)، وإلى قوة وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمعامل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوابها الترفيقية التي تدعو إليها السلطة السياسية؛ وإلى ترسم كل سلطة ضوابط المعقولة في تصرفاتها؛ وإلى أن الاقتصاد السوق ينبغي أن يكون متوازنا وخلقا عن الاحتكار، وقائما على التنافس المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن ترن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هي نهاية بحثها؛ فلا تعباً في أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا بقبولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التي قد تعارضها.

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها الحديثة التي أبطلت بها كثيراً من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المجرر والممتأجر (Landlord-tenant relationship) [أنظر في ذلك حكمها في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) من ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها].

كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويلاحظ تحتها كذلك القواعد التي تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الواقعية من الحمل (Birth control).

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقوم التي يجب أن ترعاها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوجها بضوء الحقيقة التي تتحدد على ضوءها خطاها<sup>(١)</sup>.

---

(١) ولنا أن تتعامل أليس ضوء الحقيقة أفضل من إظلامها. وهل يتحقق للحكم المصادر في المعامل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغلبه محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظام سرية المدولة المعمول به في مصر، هم قضاة استقاموا للتوكل والسلبية. ذلك أن إبدانهم لأراء مخالفة يلزمهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة المخالفين، لأرائهم، يخل بالثقة الواجبة في الحكم القضائي، فوصف للموانئين في مصر بالجهل، وبنهم أكل وعيا ووزنا من شعوب أخرى.



### المبحث الرابع

#### نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا فى نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التى أثارها. وبقدر تعلق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حجيتها ونهايتها، التى لا شأن لها برجعية أثر الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر مباشر. ذلك أن ما يقصد بنهاية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يرجعها أحد فيها، كى تكون أحكامها معبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التى دونتها.

ومن ثم ترتبط النهائية، بنصوص بذواتها أثارها الخصومة الدستورية، فلا مجرد الحكم هذه النصوص من قوة نفاذها أو يبقياها على حالها<sup>(١)</sup>، إلا على ضوء تطابقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه فى ذلك فصلا.

ونلك هى السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور.

وهى بعد سلطة تنفرد بها ولا تزلحها فيها جهة غيرها، وتسقط بها كل قانون يناقض الدستور<sup>(٢)</sup> حتى تعطيه وجهه الصحيح Son Vrai Visage، وإلى حد أن قرر القاضي Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقرر القضاة اعتباره كذلك<sup>(٣)</sup> ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يتطرق إلا ببيان حكم القانون فى نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصدرن حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التى قام عليها؛ ولا فى صورة مجردة تنسم بالتعميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

(١) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص Repealing or abolishing a statute. وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ فى حق المخلطين بها An inoperative or unenforceable statute.

(٢) انظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية:

Norton V. Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وليس بقانون؛ فلا يدخل حقا، ولا يقتضى التزاما، ولا يوفر حماية، ولا يقاد أحد متصفا وهو من منظور قانوني كأنه لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation as inoperative as though it had never passed.

(٣) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal 98 (1982). See also; A Bickel, The least dangerous branch", The Supreme Court at the bar of politics 264 (1962).

ضروريا للفصل فى النزاع المطروح عليهم. ولكنهم يتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازما للفصل فيه، ويقصد إنهائه فى كلفة جواقبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تصير تفسيراتها لأحكامه، مولوية للدستور فى قيمتها ومرئيتها *Equating the Constitution with the court's interpretation.*

فلا يجوز إحضارها أو التكليل على خطئها، بالرغم من أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تتقاسمان معها تفسير الدستور، ولهما اجتهاداتهما الخاصة التى قد توافق أو تتناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائماً عن صحيح حكم الدستور<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالى أن تدعى أن كلمتها فى شأن تفسيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلا عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيراً عن مضمون قطعى لا رجوع فيه لأوامر الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تعتمد فى قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها فى المسائل المعروضة عليها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالى أن يظل تفسير الدستور مفتوحاً، وإلا ينطلق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يحدد معناه بأدوات مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداها. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن لوجه النقد هذه يعيها أن السلطتين التشريعية والتنفيذية، قد تحديان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادها فى مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، إلا أن

(١) فالسلطة التشريعية تفرع على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تباشر حقها فى الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإقالات من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مؤداه أن يظل عبودتهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتأبى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية. وتباشرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيثتها ما يعصمها من الانحياز إلى مصالح ضيقة في مجال فهم الدستور، ورصد القيم التي يحتضنها.

ويجب بالتالي أن يكون قولها في ذلك كله نهائياً؛ قطعاً لدابر كل نزاع يثار أمامها في شأن ذات الموضوع، حتى لا يعاد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكماً في نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها<sup>(١)</sup> In Dictum؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغي أن تكون عليه صورة القانون بما تقره مستقبلاً من القواعد القانونية<sup>(٢)</sup>.

فلا جهة الرقابة تطلى نفسها على السلطة التشريعية، ولا هي تتصدها بما يجب عليها أن تفعل. ولكنها تباشر سلطة نهائية في مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها في شأن هذا التفسير قائمة وناظرة، إلى أن يعدل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه. وهي قواعد تنتم بثقلها وطولها وتشابكها، لضمان أن يكون إقرار التعديل على ضوء نظرة هائلة باحثة ترن جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتحصن أبعاده عبر فترة تمتد رحا من الزمن. فلا يكون التعديل عملاً منفصلاً لا تبصر فيه. بل تعقلاً ونظراً ثاقباً يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق في الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التي تقوم بعملية صناعة القانون. ذلك أن تحديد ما للقيم التي يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التي يكتفلها، لا يجوز أن يكون منها لکل نزاع حولها.

وإنما الشأن في ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التي تؤسس أحكامها على نصوص الدستور. لتكفل بها ترضية قضائية بالغة منتهىها An Extreme Remedy ولا يعتبر الحكم الصادر بها مرادفاً للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitution.

<sup>(١)</sup> Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>(٢)</sup> عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧ فقد فصل في قضية: Brown v. Maryland. 25 U.S. 12.

Wheat 419, 449 (1827). التي تعلق موضوعها ببضاعة مستوردة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها

تطبق على استيراد الولاية بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلا عما تقدم، تعتبر ملاذا نهائيا The last resort لمن يحتكمون إليها في إطار وظيفتها القضائية.

فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية تستطيع توقيفها مع الدستور، ولا في دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامها<sup>(١)</sup>.

وهي كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا ساق لها، ولكنها تفصل في مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكما فيها. وفق الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع. وإلا صار سهلا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، لتقرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيدولوجية، بما يقيمها سلطة فوق الدستور، تدل من قواعد يوما بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتقرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلالاتها الصريحة أو الضمنية- هي ركيزتها في إبطال النصوص للقانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالي سلطة إشرافية تدعها لنفسها لتكمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصرا أو معيبا. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود للمنطقية لتفسيره Noninterpretivism<sup>(٣)</sup>.

ذلك إن إبطالها قانونا لمخالفته الدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التي خولتها هذا الاختصاص. ولا يعدو تحريفها لإرادتها، أن يكون انقلابا عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، مسند وجودها، ويعطيها مركزاً تتفق به على السلطين التشريعية والتفويضية.

(١) Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49,504,P.2d 1007,1012 (1972 ); Hoyle v.Mousou, 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

(٢) Gerald Gunther, constitutional law, eleventh edition, 1985, P. 24.

(٣) ينزلق فضاء جهة الرقابة على الدستورية في أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانوني في الوقت الذي تعارض فيه هذه الجهة إصدار آراء استشارية في المسائل التي يطلب منها النصيحة فيها cau, Modern Constitutional law, volume two, 1969, P.69.

وتظل جهة الرقابة القضائية -في حدود ولايتها- هي المفسر النهائي للدستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع في شأن سلطتها في تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها قسئ ذلك نهائية لا يراجعها أحد فيها<sup>(١)</sup>.

١٠٧- وقد أثر موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها لتي تقضى بأن أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، تقيد الدولة والخاص جميعهم.

ذلك أن الفقرة الأولى المشار إليها وإن أطلق المشرع حكمها ولم يقده؛ وعم سريراتها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، سواء في ذلك تلك التي تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بغير ذلك من المسائل الدستورية التي يكون الفصل فيها مفترضاً أولاً، للخوض في دستورية النصوص المطعون عليها. كالفصل فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بلثر رجعي من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائماً صحيحاً وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة التفتش، كان لها رأى آخر في شأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أبنته في الطعن المعقد قسئ جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية<sup>(٢)</sup>، ومؤداه أن الحجة المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا قسئ الدعاوى الدستورية، مناقها أن يكون الحكم منتهياً إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه وذلك تأسيساً منها على أن:

>>>الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلزم أية جهة قضائية بالحكم الصادر قسئ هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلاً في موضوعها، سواء بتقريره اتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلاً وموضوعاً<<.

>>>فإذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهياً إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

(١) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, (1958).

(٢) انظر حكمها في هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة في ١٢ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التي لا تبطلها لا يجوز وقفها؛ وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصدر حق أية جهة قضائية في تفسير القوانين وإزالة تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها بتفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلب التفسير التشريعي؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فإن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطاً بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التي عنتها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها<.

... تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء هذه الهيئة في شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها؛ فإلى أي حد كان حكمها صحيحاً وفقاً للدستور والقانون؟

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقيباً مذهباً على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية المقددة بجلولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" (١) والتي تتلخص وقائعها في أن المدعى في الدعوى الدستورية كان قد نقاضى من المستأجر - في شأن وحدة يشغلها في مبنى أنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجره تزيد على سنتين، مخالفاً بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذي فرض عقوبة جنائية على نقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هي التي قررت المحكمة الدستورية في شأنها أنها لم تعد قائمة

(١) طلب المدعى في هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦ و٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فضلاً عن المادتين ٦ و٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وكانت للمادتان المطعون عليهما في القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن يتقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مئتي المبالغ التي يتقاضاها. لما للمادتان المطعون عليهما في القانون الثاني الذي نص على سريان أحكامه في شأن مالك المبنى المنشأ اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون، فقد أجزأتا نقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يزيد على أجره سنتين، فإذا حصل على أكثر منه عوقب بالجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون الأول.

بقانون لاحق- هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العتلق الإيجارية جميعها لحكم القانون المبنى- وذلك إعمالاً من جهتها لهذا القانون باعتباراه الأصلح المتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة تقاضى مقدم أجرة لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بعدئذ القانون اللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٨.

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم ارتبط منطقها بها وحاصلها:

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال أتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها *La loi préalable*، وإلا كان رجعياً.

ثانياً: أن سريان القوانين الجنائية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن هذا القانون يصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإيهائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أتمها، أو بتعديلها بنيان العناصر التى تقوم عليها، بما يقال من وطأة العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تعلق للقانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثاً: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، أن تُرد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم يبال منها، وأن يرتد هذا القانون على عقبيه، إعلاء للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوفقه بما يحبزل دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكثر لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

رابعاً: أن القوانين الجزائية التي نقرنها ببعض تحديد لأصلحها للمتهم، تقتض <<تفاوضها جميعاً مع المصور>>؛ <<وتزاحمها على محل واحد>>؛ <<وتقاوتها فيما بينها في عقوباتها>>، فلا نرجح من صور الجزاء التي تتعاضد على المحل الواحد، غير تلك التي تكون في محتواها، أو أصلها، أو مبلغها Le contenu, Les modalités et quantum des peines أقل بأساً من غيرها.

خامساً: أن المشرع انتقل بحق المجرر في تقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

ويبدو هذا التدرج من مقارنة أحكام القوانين ٤٩ سنة ١٩٧٧ و ١٦٣ سنة ١٩٨١ و ٤ سنة ١٩٦٦ ببعضها.

فقد حظر أولها على المجرر تقاضى مقدم إيجار، أي كان قدره أو الصورة التي يتخذها. وخول ثانيها المجرر الحق في أن يتقاضى مقدم إيجار يزيد على أجرة سنتين. وأطلق ثالثها، حرية التعاضد في شأن الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، وكذلك تلك التي صارت عقود تأجيرها منتهية قبل العمل بهذا القانون أو التي تنتهي بعده، دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

سادساً: أن القيود التي فرضها المشرع على تقاضى المجرر مقدم الأجرة، مع تفاوتها في درجتها على النحو المتقدم ثم التحلل منها، أساسها الضرورة التي عاصرتها.

ويقدر حدثها، ثم تراخيها، ثم زوالها، أثر المشرع ما يلائمها من النصوص القانونية. ذلك إن الأصل في عقود القانون الخاص هو تكافؤ مصالح أطرافها بشأنها، فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة التي يتعين حال تخلفها، أن تخطى مكانها لحرية التعاقد.

سابعاً: أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، لاحق على القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. وقد أعاد القانون اللاحق من جديد تنظيم موضوع تقاضى مقدم الأجرة في شأن الأماكن التي حددتها مادته الأولى، مقررًا سريان قواعد القانون المدني في شأن تأجيرها واستغلالها، وملغياً كل قاعدة على خلافها، مؤكداً بذلك استئثار أصحابها بها، لتخرج هذه الأماكن بذلك من نطاق التدابير الاستثنائية التي درج المشرع على فرضها في مجال العلاقات الإيجارية.

فلا يكون تأجيرها إلا وفق الشروط التي تنطبق بشأنها إرادة مؤجريها مع من يتقدمون لطلبها، ولو كان من بينها تقاضى مؤجر مقدم إيجار عن مدة أي كان منها.



وهو ما يعنى أن الضرورة الاجتماعية التى لطلق منها الجزء المقرر بالقانون القديم، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قوامها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزء الجنائى - وقد لايس القيد الذى فرضها القانون القديم على هذه الحرية- إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدعائم التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، وموداها أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يعد منصورا بالتالى أن تمضى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان فضاؤها بعدم قبولها، بعد أن غرض المشرع بصره عن التدابير الاستثنائية الملائق الاجارية التى انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دعائم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، إذ هو مردود أولا بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون للحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها؛ إلا أن أفاق هذه الخصومة تنسج لكل المسائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مفترضا أولا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثانيا: بأن حكم الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تسبغ الحجية المطلقة على أحكامها، جاء علما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها. ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصيص فيها ولا تقييد<sup>(٢)</sup>.

(١) فالحكم الصادر بانتهاء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، يحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا بطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحبها الحكم بانتهاء الخصومة، وأبقاها على حالتها.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المؤلفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكي فى الطعن المقيد بجنول المحكمة برقم ١٠٤٢ لسنة ٦٣ قضائية، والاطعن رقم ٢٦١٣ لسنة ٦٧ قضائية؛ والاطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة بجاسة ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

ومردود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التي جرمها القانون الأول، وتعلقها بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التي فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن القانونيين السابق واللاحق موافقين للدستور؛ وأن فرض العقوبة التي نص عليها القانون لتقديم بعد صدور قانون جديد يلغيها أو يخففها، لم يعد مبرراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط قسوتها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التي يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم في شأن أفعال أتاها قبل تقريره؛ ويصونها جزاء أقل سوءاً، بما يحتم سريان القانون الجديد على الجريمة التي أتاها المتهم قبل العمل به.

ومردود رابعاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية للمطعون عليها، يفترض وجود هذه للنصوص قانوناً. فإذا كان المشرع قد أزالها بالثر رجعي، فإن الحكم بسقوطها، يكون فصلاً في مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(١)</sup>.

---

(١) أنظر في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حورية نائب رئيس محكمة النقض الأسبق في العدد ( ) من مجلة نادى القضاء، والتي يقول فيها أنه كان لزاماً على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التي توخاها المدعى في الدعوى الدستورية التي رفعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببطلان أثر هذا القانون على المبرور المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير توافر المصلحة أو افتقارها. وقد طعنت المحكمة بأن هذا القانون أصلح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائي معقبا عليها، والبنى حكمها هذا على التطبيق المباشر لقواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملزماً لجهات القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح في إطلاق القوة المازمة لمسوم الأحكام القطعية الموضوعية التي تصدرها متى كان حكمها صادراً في دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتعميم تقييد النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص للوضوح أو تأويله بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التي اطرقت قضائاً كذلك على أنه متى كانت القرارات القانونية التي تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه، ودخلت في بناء الحكم وتأسيسه، ولازمة للنتيجة التي انتهت إليها، فإنها تشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، د. فتحى سرور في ص ٣٧٢ - ٣٧٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر في الخصومة الدستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريراته القانونية الفاصلة في مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلاً عن الكلفة.

ومردود سابعاً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأفعال اللاحقة لفلأذه. وثانيتهما: سريان القانون الجنائي اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون جنائي سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر بمرأ.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثلثيتهما فرع من أولاهما، ونتيجة حتمية لها. وكلتاها معاً تعتبران امتداد لازماً لقاعدة شرعية للجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها<sup>(١)</sup>.

١١١- وبالرغم من بداهة هذا المنطق، إلا أن محكمة النقض أصدرت حكماً آخر<sup>(٢)</sup> تقر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لعلم القانون، وتكون في أسبابه ألفاظاً لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تخوض حرباً ضد المحكمة الدستورية العليا في مسائل تتصل من مبدئها إلى منتهائها بحقوق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصح للمتهم، وإن مفهوم هذا القانون يتحقق، ولو في غير مجلس بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة في هذا الحكم، أن مخالفة النص العقابي القديم للدستور، مؤداه بطساق النص العقابي، فلا يتعلق به قانون لاحق أيسر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذي ناقض الدستور، انعدم أثر هذا النص في محو العقوبة التي فرضها القانون القديم أو في تخفيفها.

(١) دستورية عليا على القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - العدد ١٠ في ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - العدد ١٣ في ١٩٧٧/٣/١٧.

(٢) أنظر ما قرره محكمة النقض برئاسة المستشار فتحى خليفة في الملح المفيد بجدول المحكمة برقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية.

بما موداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصلح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين للدستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أصون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التي كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصلح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التي أتمها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فإن للنظر إليه فسى موازين العقوبة لتقيسها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالي، يكون لغوا.

١١٢- وإذ أعادت النيابة العامة -بعد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد أقام منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسبها على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يعوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة في منازعة التنفيذ المرفوعة إليها -والمقيدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار في تنفيذ حكمها الصادر في ١٩٩٧/٢/٢٢ في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصلح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجة المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، تتناول تلك التي تصدر ببطلان أو بصفة النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكذلك تلك التي تصدر بعدم قبول للخصومة الدستورية فصلاً في مسائل دستورية<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ١٠/٣/١٩٩٨- قاعدة رقم ٢ - ص ٧٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل السادس

#### الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عند صدوره، وكان ذلك يخولها أن تفسر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، إلا أن هذه السلطة -وهي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها؛ وتطلبها خصائص وظرفتها القضائية.

#### أولاً: القاعدة الكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردها إلى قاعدة كلية تحصلها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تلاميذ الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها<sup>(١)</sup>، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوباً فيه أصلاً، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحرياتهم التي لا يجوز أن تظل النصوص القانونية التي تخل بها، في مأمن من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، وبوجه خاص كلما استطل زمن سريانها، وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهر تهالويها Patently frivolous، وإنما تسادها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الانقضاء العظمي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية الملمعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة Absolutely necessary.

وهذه الضرورة المتناهية في شتتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

(١) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ -رأساً المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- لمن بعدم دستورية القانون الذي حظر استئصال الأزواج اللوسا الواقعة من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع -ومن خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من اثنين وعشرين عاماً.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التي تبأشر هذه الرقابة فى خصومة دستورية قبل أنأنها Premature questions ولا تنظر فى المسأئل الدستورية التى تكثيرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فىها غير منتج Moot cases<sup>(١)</sup>.

وهو ما يعنى أن الفصل فى المسأئل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها. ويظل التقيد بالضرورة فى درجاتها الأكثر حدة، قيداً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الأثر الذى يربتها الحكم الصادر فيها على المراكز القانونية القائمة، وإحداثه اضطراباً فى صور من التعامل دخل أطرافها فيها، وربتوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إرلماها.

وصار صوابا بالتالى تأكيد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية قبل توافر الضرورة التى تلجئها للخوض فيها، والتى لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر فى المسأئل الدستورية المطروحة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوز باتساعها نطاق الواقعة التى بنى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل فى دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزايأها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول هذه النصوص قد أفرغ فى شكل خصومة وهمية، أو تصورية، أو ودية لا تبلور فى حقيقتها تكالز مصالح أطرافها بصورة حقيقية وحادة.

#### ثانياً: فروع هذه القاعدة الكلية

١١٥- وينفرع عن القاعدة التى نلزمها جهة الرقابة على الدستورية، وللتى تتحاشى بها الفصل فى المسأئل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تتصلان عنها، بل تتكاملان معها:

(١) يكون الفصل فى الخصومة عقيماً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير فى وقائعها أو فى القانون الذى يحكمها. فلا تظهر للمدعى فى هذه الخصومة -سبب هذا التغيير- فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائماً فى الخصومة الدستورية فى كافة مراحلها

Linef v. Jafco, Inc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك الخصومة التى ترلع قبل أنأنها. ذلك أن الأصل فى الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز للفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأولن. ومن ذلك أن نقام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة فى حق أو حرية كفلها الدستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، في دستورية نصوص قانونية، بكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنه كلما احتمل للنص القانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفاً للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن التفسير الثاني يكون هو الأخرى بالأبواب<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتساند في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أساس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

### ثالثاً: افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفصلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيراً ما تولى احترامها في مجال فصلها في دستورية القوانين - السلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بأمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، ولأنها نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرةً بكثير من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تحر عن موقفها من السلطة التشريعية تارةً بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، وطوراً باعتبارها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور<sup>(٢)</sup>. ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشئون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدوان السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يجعل بالفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرتها، ولا يبرئها.

(١) Neese v. Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

أنظر كذلك:

Farm Products v. Baldwin, U.S. 194 (1934). See also, "The presumption of constitutionality". 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

(٢) يقال بأنه في الدول الفيدرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجالس التشريعية في ولاياتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون كبير، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات - على صعيد القوانين التي تقرها كل منها في نطاقها الإقليمي - تكون أقل خطاً في تشريعها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment، مرده أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعا أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علما بها، كتطبيق السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الطول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحيرياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول مفتوحة على كل جديد، متقبلة ما تزيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقا. بل نريا بصورة من الحول تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة أفقها، واتساع دولتها.

ولا يجوز بالتالي أن تفترض دستورية النصوص التي تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه المكانة التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحيرياتهم في النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن تزن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها واقعا في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمنا عدوانا على حق أو حرية كظلمة الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملامستها، كانحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضرورية الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن لرتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

(١) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).



بل يتعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، ولتي لا يكون للمستور قول فيها، بما يجعلها ولقة في نطاق سلطتها التنفيذية التي يحكمها أصل مؤداه إطلاقها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط النصوص التي تقرها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل في مواجهة صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكيمية متوخية بها تفضيل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو العرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها. بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها

##### The Severability or seperability clause

١١٧- الأصل في نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم ببطان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط النصوص الصحيحة تبعاً لإبطال غيرها من النصوص التي لحتواها للقانون.

تلك هي قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهي قاعدة حصلها أن يبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة منظوراً إليها وحدها Staining alone - كافتلاً لتحقيق آثارها القانونية<sup>(٢)</sup>.

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التي تظل باقية من أجزائه، تفترض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

(١) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit, P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

(٢) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern, "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البعض Mutually dependent upon one another، ويشترط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالفة للدستور، إعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law<sup>(٢)</sup>.

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائما إلى إرادة المشرع التي يتحدد على ضوءها، ما إذا كان يريد حقا أن تعمل النصوص المتبقية -مستقللا عن غيرها- كقانون. وتُعمل جهة الرقابة على الدستورية في ذلك ضمن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالي أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جذورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التي تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهدر بتمامها، فقد صار متعيّنا أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة. فلا يكون للقانون -في مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكنه إرادة المشرع، قد يكون أحيانا أمرا متعذرا. ولا مفر عندئذ من الاعتماد على العلاقة المنطقية الحتمية The inextricable tie التي تربط النصوص للقانونية ببعضها. فإذا كان متعذرا عقلا بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن مناط إعمال قاعدة الفصل يكون منتفيا.

ومحكمة الولاية في الدول الفيدرالية، هي التي تقرر إمكان الفصل أو عدم جوازه، على ضوء تقصيصها مقاصد المشرع المحلي، كالتأش في تفسير القوانين المحلية الذي يعود أمره إليها بصفة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها في ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تكل محكمة الولاية بقول في شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد للموضوع إليها كي تقوم بواجبها في مجال استخلاص إرادة المشرع<sup>(١)</sup>.

(١) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التي يدخل إقرارها في ولايته، مستقلة عن تلك التي لا تدخل في هذه الولاية، فإن الأجزاء الباطلة تسقط وحدها، إذا كان بالإمكان تفعل الأجزاء الباقية كقانون.

(٢) Dorchy v. Kansas, 264 U.S. 286, 290 (1924).

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذي لا يتوافر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التي يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة الباطلة.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هي التي قبلتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قررت من أن النصوص التي يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا في إحدى صورتين:

أولاهما: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر بعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: إذا كان ما بقي من أجزاء القانون الصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يتصور عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها المشرع عند إقراره للقانون<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أنه حتى لو أصبح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون- أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلاً<sup>(٣)</sup>.

وعلى من يدعى إمكان فصل باقى أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقدم الدلائل على دعواه، وأن يبرهن بالتالى على أن المشرع قصد إلى إسقاط النصوص الباطلة وحدها، ولتبقى

(١) ولا يحى ذلك أن خفاء هذه الإرادة، يتم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر سقيم. ذلك أن المشرع قد يسهر عن إعلان إرادته في شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تتجه بنفسها لاستصفاء إرادته.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٠/١٠ ص ١٣٥-١٣٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاءها الصحيحة معمولاً بها. وليس بشرط أن يكون الدليل على توافر هذا القصد مقطوعاً به، بل يكفي التكليل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها ينقض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها Divisibility. وهو لفراض ينقض الأصل في الأشياء. وكان منطقياً بالتالي أن تسقط المحكمة نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقي منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان إعمال هذا الباقي ينقض إرادة المشرع.

#### خامساً: تطبيق القاعدة الضيق نطاقاً لحكم النزاع

١١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية في مجال فصلها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، أن تصوغ في ضيق نطاق، القاعدة التي يقوم عليها حكمها في شأن هذه المسائل، فلا تجاوز في اتساعها حدود متطلباتها<sup>(٢)</sup> The narrowest language possible.

فإذا كان نطاق القاعدة التي قام قضاء الحكم معمولاً عليها، مجاوزاً في مداه، من حدود وقائعها، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائداً عن حاجة الدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون في مجال تطبيقه على شخص معين - لا يخل بحقوقه التي كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفاً للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تحليل كامل للنصوص القانونية المطعون عليها، يسمها في كل تطبيقاتها التي تنتم بالاعتقاد والشمول. لا استثناء من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر في النصوص القانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو تعسبها؛ أو وقوعها فيما وراء السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن تعامل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبهاً فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، ووقفاً عليها وتقييماً لها.

(٢) Garner v. Louisiana 368 U.S.157(1961); United State v. Raines 362 U.S. 17.(1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداها، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التي صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جليلة وقائعه، حاضرة ظروفه؛ وإما تصبوا لنزاع محتمل قد تأتي به الأيام مستقبلاً<sup>(١)</sup>. فلا تكون تقريراتهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالأراء الاستشارية التي يبدونها في غير خصومة<sup>(٢)</sup>.

### سائلاً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لواقعة النزاع

١١٩- وفضلاً عما تقدم، فإن الفصل في المسائل الدستورية كثيراً يكون معلقاً على قرار تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن حقيقة والتماتها. ويبدو ذلك جلياً عند الفصل في دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجازه. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولاً كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولية إلا على ضوء عناصر الواقعة محل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن مناط عرقلة حرية تداول الآراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترناً بمخاطر واضحة حدثتها، وحالة في إحداثها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الآراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها، وجميعها وقائع ينبغي تحقيقها قبل الفصل في المسائل الدستورية المتصلة بها. ويتفرع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان الفصل في المسائل الدستورية معلقاً على واقعاتها، فإن تحقيقها يدخل في ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحرنتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون في شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التي نص عليها الدستور، يفترض أن يتعلق بمضمونها وبآثارها القانونية *In substance and effect* وأن يكون مرتبطاً بواقعاتها التي يحبر تحقيقها إجراء ضرورياً لإنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها<sup>(٣)</sup>.

(١) Brown v. Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

(٢) Chester J. Antieau, Modern Constitutional law, volume two, 1969, p.699.

(٣) Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد في الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أقر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوفر فيها كل ضمانات بقضيتها الدفاع عن حريته الشخصية وأمنيته.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، لن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرياً، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا يحدّر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرة عملا.

بما موداه، أن الفصل في المسائل الدستورية كثيراً ما يكون معقداً على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريراً أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملاً قضائياً وإعلاء في الحدود التي نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تعلق الطعن بمطبوع داعر، لا يخول قضاء جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا انحل عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها قدر من الاستهواء أو الاستئثار.

وفي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشرط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

وعليها - وفي حد أدنى - أن تحقق في الأوضاع التي كانت تحيط بإقرار القانون؛ وما إذا كان قد افلح في دفع الشرور التي قصد إلى مواجهتها؛ فضلاً عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التي نوتختها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولة.

فإذا بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلاً في مواجهة الشرور التي قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدعين في الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يماثلونهم في مراكزهم القانونية، أضراراً لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وكذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون، كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولة<sup>(١)</sup>.

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تداول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، والتي يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالعقود الخلقية في الجماعة، وينتفي الغفر والعوز والجريمة، والهمم الخائرة بين أفرادها، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأكل على نحو ما، فإن هذا القانون -وبالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائيا- لا يكون مخالفا للدستور<sup>(٢)</sup>.

#### سابعا: رفض نظرية الخطأ المفتقر

١٢٠- نفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي يكفلها الدستور، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز التجاوز عنها باعتبارها خطأ مفتقر Harmless Error.

بيد أن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها حتى في مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطا جوهريا لمحاكمته بطريقة منصفة لأصلتها الوثوقي بإدافته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالا تشريعيًا مستوجبا لإبطال للقانون.

ولا يتصور بالتالي أن تتحدد دستورية النصوص للقانونية التي تخل بهذه الحقوق، على ضوء درجة خروجها عنها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها، على ضوء درجته، إذ هي مخالفة واحدة لنص في الدستور، لا تتدرج مراتبها. وحكمها هو البطلان في كل صورها.

(١) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

(٢) Mugler v. Kansas (1887) 123 U.S. 623,662.

ولا يتصور كذلك، أن ينحل مفهوم الخطأ المغتفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التى كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور فى كافة مطلق وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسهلها فى كل أحوال تطبيقها، لنحدد على ضوءه ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صورته لئلا حدة بما يجيز التغاضى عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية فى ذاتها، وهى لا تنجزاً بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة فى درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التى أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية فى كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملاً. ذلك أن الخطأ فى تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يوقعها فى حماة مخالفة للدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة فى ذاتها على ضوء أحكامها<sup>(١)</sup>.

وربما كان لنظرية الخطأ المغتفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها فى قضاء محكمة النقض المصرية<sup>(٢)</sup>. ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وأن كان من شأنها ألا تنقض محكمة النقض حكماً وأن المتهم بالجريمة بناء على وجه قانونى خاطئ، إذا كانت العقوبة المقضى بها تدخل

(١) دستورية عليا القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تأخذ محكمة العليا بنظرية الخطأ المغتفر فى مجال الاتهام الجنائى وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967)].

(٢) انظر فى نظرية العقوبة المبررة وأوجه نقدها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحى سرور فى النقض فى المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.



في نطاق العقوبة التي كان يجب الحكم بها؟، إلا أن هاتين النظريتين تفترضان خطأ غير ضار فسي أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية في مصر لا تتعلق بأحكام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كي تقابلها بالمستور للتحقق من تطبيقها معها أو خروجها عنها.

#### ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص نيط بها، ذلك تسلبها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالي، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازما، ولو قارنتها محاذير لها خطرهما.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية. فلا يكون للتدخل بها مؤنسا بانفلاتها من كوابحها؛ بل متوازنا بما يصون موجباتها؛ ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في أن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة، هي مناط تدخل المحكمة للدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة؛ أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطر لها بما يحق تصالهما؛ ولا في دستوريته نصوص أفاد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكما في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصومة دستورية قبل لوانها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز باتماعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع<sup>(١)</sup>.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية \* دستورية \* جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

'من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن تتكلم من اختصاص نيط بها وفقاً للمستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -وينص القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لإبستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -ولضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جلوساً أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تقرضها عليها سلطة أعلى لتحذ بها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متولزناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها، كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور، ومباشرة الملطنين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، ويوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص شرعي في غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد ألوان إرسائها، أو تجاوز باتساعها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه؛ وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً مباشراً.

وعليها دوماً - كشرط أولي لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup>.

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهائها إلى حقيقة قانونية تلزمها بالآ تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

#### وفي ذلك نقول للمحكمة الدستورية العليا:

أن الرقابة القضائية التي تبشروا لا تعتبر إجراء احتياطياً، بل ملأاً نهائياً، وعليها بالتالي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها<sup>(٢)</sup>.

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية - ركائس عام - هو حملها على أصل صحتها؛ وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملأاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض استلواها على عناصر تقييمها، وتعلق المسائل التي تطرحها، بنزاع لازال حياً، داخلاً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصه بجوز التصامح فيها.

#### تاسعاً: تقييم ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- والضوابط المتكاملة جميعها لا ينفاهها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هي نتاجها.

فما يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملحة، مرده أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل أوانها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عقماً، فلا نرتجى منها فائدة لها شأن.

(١) الحكم السابق.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٢٤ - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ من ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود واقعتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بخير حيثياتها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون؛ فقد تحين للقول بانتقائها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاي النصوص القانونية المطعون عليها، لو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعلياً ومباشراً.

وما قرئناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، مردّه أن هذه الرقابة مناطها الضرورة. وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عسيرة على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ ويما يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية الدستورية تنسم بتهورها، ورقابة من نوعها تبلور تراجمها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها، علته أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بخير نزاع.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٧ - ص ١٠٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٤/٨/١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المصلح المانع

### الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها

### المبحث الأول

### خصائص القيود التي يتطلبها الدستور

١٢٣- تتوخى القيود التي يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد بمستقيم بها بنيانها وضوابط حركتها، ودائرة عمل فيها، وفيما تنزل عليها، ومقاصد تبتغيها؛ وأن يكون تعاونها مع غيرها واقعا في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأن تتوافر لكل حق أو حرية الضمانة التي نص عليها بما يصون جوهرها.

والسلطان التشريعية والتنفيذية محبتان أصلا بهذه القهء التي يقوض إعمالها فيسم الجماعة وثوابتها، خاصة وأن الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تبين تخومها، سواء في ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها للنصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التي تحتم تلافيقها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تفقد مبرراتها؛ ولو كان المدعى في الخصومة الدستورية قد أقامها للدفاع عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبيتها لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدها لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو إنهاء لجل دستور حول ملاءمة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمته؛ وما إذا كان لتقريرها من ضرورة. بل يتعين أن يستند عوارها إلى شكلية تطلبها الدستور فيها، ولكنها فارقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكنها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كعيب إسائة استعمال السلطة.

### المبحث الثاني

#### الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكلياً، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور فيها، سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور في شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتفويض منها<sup>(١)</sup>.

ذلك هو الضابط العام في الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص القانونية، لا يحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شيوعاً، وفي الأعم من تطبيقاتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا يورد الدستور لتقيود الشكلية التي تتطلبها في النصوص القانونية، في مكان واحد، وإن كان تفرق مواضيعها لا يفيد التجويل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية في النصبتوص القانونية. ذلك أن قيود الدستور -وكما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لتقرير الأثر الرجعي للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لا بد من استيفائها لإجراء هذا الأثر<sup>(٣)</sup>.

- والمعاهدة الدولية التي لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تنفرد إلى الشكلية التي تتطلبها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانوناً نافذاً.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) أنظر في ذلك "مستورية عليا" الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية" عليا - القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" - قاعدة رقم ٧/١٢ - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. فقد دل هذا الحكم على أن توافر الأغلبية الخاصة لتسببها الدستور لإقرار الأثر الرجعي للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، يتعلق بمطاعن شكلية صرفة. وليس من شأن هذه المطاعن أن تظهر النص المطعون عليه من مثالب الموضوعية.

>>إن الطعن بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية، إنما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلباتها الشكلية التي استلزمها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة<sup>(١)</sup><<.

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قرارا بقانون أصدره بتكويض منها أو فـى غيبتها، شكلية إجرائية تطلبها المادتان ١٥٧ و ١٤١ من الدستور. فإذا أعمل رئيس للجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون منعما منذ صدوره.

ونشر للقاعدة القانونية فى الجريدة الرسمية من أشكالها التى يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لاتباعهم بمحتواها. ويفترض فلذا بالتالى إعلانها من خلال نشرها، وطول الميعاد المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة القانونية وحمل المخاطبين بها على السزول عليها، بواقعيتين تجريان معا وتتكاملان -إن كان تحقق ثانيتهما مطلق على وقوع أولاهما- هما واقعة نشرها؛ وواقعة انقضاء المدة التى حددها المشرع لبدء العمل بها.

فإذا لم نتابعها على هذا النحو؛ وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التى تميز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فلن خاصيتها هذه تعتبر جزءا منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها.

يؤيد هذا النظر أن نشر للقاعدة القانونية ضمان لإعلانيتها ونزوع أحكامها، واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا النشر كافلا وقوفهم على ماهيتها ونطاقها؛ حلالا دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينيا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهيا.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يوليو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٢٠ - ص

٤٢٢ وما بعدها من المجلد الثنى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها -هم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية السلمية التي حدد تخومها وفصل أوضاعها.

وصار أمراً مقضياً في كل قاعدة قانونية لا تنتشر، أنها لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها.

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستهدفها تلك النصوص التي تم تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

إذ يعتبر إخضاعهم لها، تكملاً لـ Actual interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً باديها أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

فضلاً عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخياً فلم يحن بعد أولان إعمالها Pre-enforcement؛ ولا بنصوص قانونية طال إعمالها، بما يفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها. Dormant provisions.

فإذا كان فرضها على المخاطبين بها، واقعاً قبل نشرها، أدخل سرّيتها في شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدوان عليها عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣- من ١٠٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣/٤- ١١ من ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.



### المبحث الثالث

#### ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- وينبغي أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص المعطون عليها، يقتضى أن تستوفى جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع ليا كان وجهها أو موقعها من الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن الأشكال التي حتم الدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قولها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصحبها المشرع في قولها هذه، زال وجودها كقواعد قانونية بتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا تصير غير عاجز نخل خاوية.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: <أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بغيابها أصلاً في غيبتها، لتفقد بتخلّفها وجودها كقواعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام<sup>(٢)</sup>>.

ثالثاً: تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما قرره في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٦/١٣ ص ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ ص ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ١/٩ ص ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية في النصوص القانونية، إذ مرد الفصل في توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور القائم وقت حسم الخصومة للدستورية.

رابعاً: الأصل في الرقابة على الدستورية التي تتركز في جهة قضائية واحدة، أنها تتناول بكافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود للخوض في عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتثال التي كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل في توافرها أو تخلفها بأحكام يناقض بعضها البعض بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التي فرضها الدستور على المشرع<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩١/١٢/٧ - قاعدة رقم ٣/١٢ - ص ٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- تفرض عيوبها هذه، أن يناقش مضمون القاعدة القانونية، حكما موضوعيا في الدستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية لحرافا بها عن مقاصد حددها الدستور، وتبكيها بالتالي لأغراض عتيها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا يتصل ببيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

وإذ كان من المقرر أن النصوص القانونية لا تسهر كذلك، إلا إذا أفرغها المشرع في قولها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بتخلها؛ وكان من البدهي أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحا قبل بحثها، تتقدم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغفل المشرع صلبها في قولها الشكلية، لا يحلو أن يكون جهدا ضائعا؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يتمثل في تلك النصوص التي أفرها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم تتقدم الشكلية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تقصيصها لشكلية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن للموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥/٢٣ - من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٣/٢٣ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانوني مطعون فيه من جهة وبين مضمون قاعدة في الدستور تحكم هذا للنص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل في هذا التعارض -سواء بتقرير قيام المخالفة الموضوعية المدعى بها أو بنفيها- يفترض لزوما استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيه<sup>(١)</sup>.

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعده.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هي التي تقوم مجتمعا وفق الصورة التي ارتأتها، وعلى ضوء القيم التي احتضنتها، والتي لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصوص تضمنها دستور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمين في وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصادمان بالضرورة، ولا يحل بالتالي تطبيقهما في آن واحد، وإنما يتعين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده ليحكم كافة العلاقات القانونية التي تثار في ظله، سواء في ذلك ما نشأ منها سابقا على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالي تحية الدستور القديم عند الفصل في المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هذا للدستور الفلسفة التي كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة بنيتها<sup>(٢)</sup>.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، والتي ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومدخل تكوينها، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها - ولما كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان انساقها والمفاهيم التي أتت بها، فلا تتفوق

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢/٢ و ٣ و ٤- ص ١٤٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) لو تصورنا أن الدستور القائم ينظم اشتراكا كاملا على خلاف دستور سابق يحكم توجهه رأسمالي، فحينئذ دستوريات للقوانين المطعون عليها لحجب موضوعي، تتحدد على ضوء الأفكار الاشتراكية لا الرأسمالية.

هذه القواعد -في مضامينها- بين نظم مختلفة يناقش بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي تتطلبها الدستور القائم في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية، هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازماً<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مظهرًا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر في عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية<sup>(٣)</sup>.

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية في شأن تحقق العيوب الموضوعية في النص للقانوني المطعون فيه. ذلك إن فصلها في هذه المطاعن، يفيد ضمناً -بالتضرورة- استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد<sup>(٤)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١/٩٦ - من ١٢٨٤ من الجزء الثاني.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٢ - المساعدة رقم ٨/١٢ و ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - المساعدة رقم ١/٣٦ - من ٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" القضية رقم ٧٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٧ - من ٤٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية

#### العلية في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان لإبطال المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكالية فونتها، أو إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجية المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تقيد كذلك الناس جميعهم، وبتجريد النص للقانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، يلغى وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها. ولا يتصور بعدئذ تقرير بطلان جنيد في شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جنيد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان للجنيد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يسوغ في حكم العقل<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٤٤/١/١ - قاعدة رقم ١/١١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة ٣/١٥ ص ١٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الثامن

#### الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها

١٢٨- تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتالي أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تعطى لأحكامه دلالتها، وأن ترد إليها وتقرس عليها، الأعمال التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور في كثير من جوانبه.

وبظل اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية متو اسلا فى مجال تحديدها معانى الدستور؛ ومتواليا على مسدد إحدائها حقوقا جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من فيض قواعد لتبتمد أحكامه شيئا فشيئا عن الصيغة التي أفرغ أصلا فيها، ول يظهر للدستور فى النهاية وكأنه مجرد ظلال باهتة للصورة الأولى التي كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبداء دستورية تضيفها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التي كان للدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا فى الدول الفيدرالية حيث تقوم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، راباطا وثيقا بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التي احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تفسر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها فى بنيناتها ودعائمتها. لا قيد عليها فى ذلك، إلا أنها تفصل فى خصومة قضائية لا تحولها صناعة القانون فى بصورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفى إطارها<sup>(١)</sup>.

بما مودة أن لأحكامها، موجهاتها التي تتحدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

(١) Ruggero J. Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench, pp.257 - 260.

### المبحث الأول السوابق القضائية

١٢٩- في الدول التي يقوم نظامها القضائي على اعتماد السوابق القضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير في تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

بيد أن السوابق القضائية قد تحوق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال النقيض بها دون تصحيحها من الأخطاء التي اعترتها. ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التي قارنتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تؤثر السوابق القضائية -إلى حد كبير- في دور جهة الرقابة غلى الدستورية إذا انحاز قضائها إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوبا، وخطوها فادحا، وكأنهم يتحركون في دائرتها، ويعتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول بطبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحض إعلاها يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صبوا هذه السوابق في قلوبها؛ وأحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن أعمال حكم العقل في مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -بضغوطها- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منفلقا، وتراضيهم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل في الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها في زمن حدوثها، وبما هو قائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية في واقعها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقتضيها أن يظل القانون حيا وفاعلا، بل كذلك لرد أضرار قارنتها، وأثر سينة لاستها، بما يجعل العدول عنها ضمانا جوهرية تحول دون تأييدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازما لتجاوز السابقة المعيبة، وكان لا يجوز إجهاضها من



خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، مثلاً هو الأمر في المملكة المتحدة التي يستطيع برلمانها إصدار كل سابقة يعارضها<sup>(١)</sup>.

وينبغي بالتالي، أن يكون للسوابق القضائية دور محدود في نطاق الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تنقيد فيها بأراء سابقة لآخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التي لا يجوز أن تعرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيحاً لأصولهم، يرددونها في غير وعي، أو دون بصيرة بخطورة نتائجها، وعقم محصلتها، وسوء عاقبتها. ليظهر قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكأنهم تغمصوا شخصية الأكاديمين، يتحدثون بلسانهم، وينطقون بكلماتهم، ويمایشونهم.

وليس ذلك إلا لهما وعيٌا عريضاً لا يختفر، ذلك أن التقيد بالسوابق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها كحقيقة ثابتة لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها؛ وتطبيقها بالرغم من سونها، ومحاكاتها في الأفكار الرجعية التي عضدتها<sup>(٢)</sup>، ويقاؤها بعيوبها وملامحها الضالّة إذا لم يُعدل الدستور لتجاوزها<sup>(٣)</sup> أو تُعدل عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي لا يجوز أن تسترقها سوابق قضائية قديمة ترتكب بوقائعها، وبالأوضاع القائمة في زمنها، خاصة وأن فرائض الأسس أو مقترضاتها، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صورا من الخيال والأوهام.

كذلك فلن القوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مستجابة معقولة لآمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تنحيا بدلائل وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلا عن أن القيم التي ترعاها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها قيم جديدة تحبّسها في طور آخر، فلا يكون صونها إلا مقتضا تعديل السوابق القديمة، أو إبدالها.

(١) تعتمد السيادة في المملكة المتحدة للبرلمان الذي يستطيع وفقا للعبارة المشهورة، تغيير كل شيء إلا أن يجعل المرأة رجلاً، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمةها العليا، وهو ما اقتضى إدخال التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر في قضية Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)، وإدخال التعديل السادس عشر لنقض حكمها في قضية:

Pollock v. Farmers' loan and Trust Co, 157 U.S. 429 (1895).

(٢) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

(٣) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتفسيرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها (١).

وليس سائغا فى حكم العقل، أن تظل المواقف القضائية عسيرة على التعديل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم فى أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التى قد يصيبها للتوفيق أحياناً، أو يكون إهدارها لحقائق العدل فى إخص مكوناتها، جلياً (٢).

فالقضاة فى كل بلد يفصلون فيما يمرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم -ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً- تقويم ما أوج من أحكامهم التى لا تبلور فى حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوماً، خاصة فى نطاق المفاهيم للدستورية التى يتعين ضمان نموها.

ولا يلقى بقضاة لا يعيشون الأوضاع ذاتها التى عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار للرجعية ذاتها التى روج أسلافهم لها فى عهود مختلفة والتى كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطورها (٣).

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

(١) وليس أدل على هساد نظام السوابق القضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، نقضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعون قراراً سابقاً صدر عنها فى بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسائل المثارة فيها من طبيعة دستورية

Antieau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم فى جنابة ليس أمراً جوهرياً لضمان محاكمته بطريقة منصفة، ثم عدلها عن حكمها هذا فى قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, State Decisis, 49 Col. law Review, 1949, pp. 735, 736; Jackson, struggle for judicial Supremacy (1941), p. 255.

### المبحث الثاني

#### مقاصد آباء الدستور

#### Intent of the Framers of the Constitution

١٣٠- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم، ليظهر الدستور -وكما كان مواكبا لتطور النظم الديمقراطية- باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية، داعيا لنبطالها إلى آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصمة من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها(١).

ومن ثم لا تصدر الدساتير عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإبانتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التي تضمنتها بعيدة عن معانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميتها من خلال مؤتمر أو جمعية تبنتها، بعد وقفها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وآثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتي من فراغ، بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلاً عن جذور ضارية في الأعماق، هي التي تتحراما جهة الرقابة على الدستورية، وتستهلمها في أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التي لا تتنزع مفاهيمها عنق، ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتعرض على تبنيتها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها. فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوثائق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التي أحاطتها ولتنتجها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور في تكوين ببيان الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يدعو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - لقاعدة رقم ١/١٥ - ص

١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.



ولا يكون ملائما بالتالى إهمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالفلمض من نصوص الدستور التى لا تجلبها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مناخها، ومحيطها الاجتماعى.

ولقد ظل واضحا فى أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تفصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التى تنقسم بتعدد عناصرها، ولا تفلح فى حلها، لا الحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقارير التى تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التى تعاصره، أو نتائجه، كثيرا ما تكون فقيرة فى مادتها، فلا تلقى ضروا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط فى استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التى بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة فى مواجهة المسائل التفصيلية التى تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأولى أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التى قصد آباء الدستور إلى توقيها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطلا لها؛ فإن الحكم بعدم دستوريته، يكون لازما<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنظر إلى نصوص الدستور باعتبارها متطورة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تحسم دائما الأوضاع الجديدة التى تعاشها هذه النصوص Inconclusive؛ وأن تحليل نفسياتهم لن يقدم إلى هذه النصوص شيئا نافعا.

(١) School Dist. Of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

### المبحث الثالث

#### القانون الطبيعى

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعى نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم السابقة فى وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهى قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تعطلها وثائق الحقوق، ولا تنشأها، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Opression التى تجب مقاومتها(١) Devoir de résistance à l'oppression.

وكان منطقياً أن تنظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقاً لا تتقادم، ولا يجوز النزول عنها؛ وترقى فى أهميتها إلى حد تقديسها(٢).

والرجوع إلى النظم القضائية فى القانون المقارن، يدل على تسليمها بأهمية القانون الطبيعى، وأنها تحيل إلى هذا القانون فى كثير من أحكامها(٣) ولم يقتصر دور القانون الطبيعى على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعلن القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التى يجوز فرضها عليها.

فضلاً عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كنص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التى تنص بأن الحرية الشخصية حق طبيعى.

كذلك تنص الفقرة ٢/ من المادة الأولى من القانون الأساسى الألمانى -وفى إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين -من أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، وإضمان صون السلم وتحقيق العدل- حقوقاً لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقادم.

(1) François Luchaire le, "Coneil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثانية من الإعلان الفرنسى للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتى لا يشملها التقادم، هى الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغوان.

(٢) ويعترف هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقبل التصرف فيها Inaliénables وإنها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(3) Charles Debbasch- Jacques Bourdon- Jean Claude Ricci, Jean- Marie, pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e édition, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعي إلى حد القول بأن ما نقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعي؛ وأن وجود هذه النصوص أو حياتها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تبحن إهدارها بقدر تعارضها معها.

وهو نظر غير صحيح. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام في إقليمها من خلال قواعد قانونية تصوغها بنفسها، وتولجها بها الأوضاع التي تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأبناء التي يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعي على صون وجود الدولة من المخاطر الحالة الظاهرة التي تحيط بها وتهدها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن الناس منذ خلقهم كانوا أحراراً؛ وأن ضمانهم لحريتهم حملهم على الدخول في عقد اجتماعي يكون منهيًا لحالتهم البدائية، ومنتهياً إلى تأسيس السلطة السياسية التي تكفل لحقوقهم ولحرياتهم ضماناتها التي ما نزل الأفراد عن شيء منها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعي لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة النطاق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بذلك الحقوق والحريات التي لا يجوز للسلطة السياسية أن تمسها. وما وثائق إعلان الحقوق غير تريد لحرياتهم ولحقوقهم هذه.

والفقهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم الدستور الأمريكي إلى القانون الطبيعي (١) - وهو قانون يقوم في مجمل أحكامه على حقائق العدل التي يدركها العقل - وهم يؤيدون رأيهم قائلين بأن كافة الحقوق التي لرجتها في صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعي (٢)، وأن لغتها في التعبير عنها، هي أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التي نصفها اليوم بالحقوق الأساسية *fundamental Rights*، جميعها حقوق نظر إليها آباء الدستور *The Framers* بوصفها من الحقوق الطبيعية التي يندرج تحتها، حرية

(1) *The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts*, 25 Notre Dame law 258 (1950); Hains, *Law Nature in State And Federal decisions*, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) *Antieau, Rights of our Fathers*, Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع<sup>(١)</sup> وحقوق الملكية، وحق البدن في التحرر من القيود غير المبررة، والحق في الحياة وفي تكامل الشخصية، فضلاً عن حرية العقيدة التي لا تخول أحدًا حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التي دخل فيها.

وهي بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان *Depotism* هو الطغيان. وما يوجه النظم القانونية في الدول الديمقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم لقانون الطبيعي، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة في تطبيقها المعاصر، تبلور في حقيقتها مفاهيم القانون الطبيعي التي يقارن الإخلال بها جزء من المستور. وهو بذلك ينظم قواعد مبدئية خلقية غائرة في التقاليد، عميقة في الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التي تظاهرها الحقائق التاريخية فسي النظم المدنية<sup>(٢)</sup>.

بما مؤده اتصال للقانون الطبيعي بمولزين الحق والعدل التي تتوارثها الأجيال، وكذلك بالقيم التي تنقسمها الدول الديمقراطية فلا تطحنها بقوتها لتظل يدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق في الحياة أو بالحريّة أو بالحق في الانتقال، أو بالحق في تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق في ألا يشهد الأشخاص -جبرا- على أنفسهم بما يدينهم.

(١) الحق في الاجتماع لأغراض سليمة كان سابقاً على وجود التأثير ذاتها، ومكولاً من الأمم المتحضرة جميعها باعتبارها من الحقوق التي لم يكتفها أحد لغرضه. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة للقانون الطبيعي، ثم اعتنقها ودعمها الفلاسفة للفرنسيون في القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جان روسو.

Jacques Robert, *Droits de L'homme et Libertés Fundamentales*, 6 e édition, pp. 34- 35.  
(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v. Balcom, 339 U.S. 9 (1950); Hains, *Revival of Natural law*, Cambridge (1930), p. 347.



### المبحث الرابع التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم -تشريعيًا كان لم فضائيا، تراث البشرية فسي مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواها، ولا تضيق به أو تحويه كلية. ولكنها تمثلهم في خطاها، بشرط اتفاق القيم التي يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التي تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص في الدول القيدالية التي يكون لكل ولاية فيها دستور لها الخاص بها. ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية تعطى للتفسير الصادر عن الولاية في شأن دستور لها المطى، وزنا كبيرا في مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تنقيد بنظرتها هذه في كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما (١).

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توفقا مع للنظم القانونية التي تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تؤمن أكثر للدول بها، وتراها خطأ ولنسما لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة في وسائلها على نظام للقيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسعى جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وأمنه، فلا تتفرق مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا للقاضي Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

(١) في قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تازم المحكمة العليا الولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء في الاتحاد باستبعاد الدليل الذي يتكى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى أعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بد ذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك في قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسناً ومنصفاً، مفضياً إلى قيم العدالة التي تبنيتها الدول للناطق بالإنجليزية<sup>(١)</sup>.

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولي التي تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تظلمها الأسرة التي تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص في نطاق تحديد ما يقع في إطار الشؤون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن الأوضاع التي استقر عليها العمل في بلد ما، قبل وبعد إقرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تدل بامتداد زمنها، ولطرد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصار مقبلاً لها في مجال تفسير الدستور.

ولا تقل الحقائق التاريخية في وزنها ودلائنها، شأننا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل في محيطها. ذلك أن جميعها تقدم لنصوص الدستور التي لا تتعارض معها، عناصر تُعبد على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغي أن يكون عليه التفسير المنطقي لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصرها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحاً كي تأخذ من التنظيم المقارن أفضل اجتهاداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهراً ثرياً بقيم العدل المتدفقة في عطائها، والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا للنظر محل اعتبار المحكمة للدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطن وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديمقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرئتها في الحياة<sup>(٣)</sup>.

(1) Rochin v. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

(2) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - نص ٨٩

وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الخامس

#### المصادر الحرفية

١٣٣- قد لا ينص الدستور على اختصاص للسلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إيجابتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها السلطان التنفيذية والقضائية على مملكتها، وكان العمل قد دل على إطراد ممارستها لهذا الاختصاص -كمسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريها ووقفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيراً صحيحاً للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، تلقياً أصلاً ادعاه لنفسها، أو كان دالاً على تعثرها في مجال توكيده؛ ولو تقرر بقانون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شلن لتشريعاتها في ذاتها -رأياً كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

### المبحث السادس

#### دروس التاريخ ومسطبات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يبلور مجموعة من القواعد القانونية التي اطرد تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدستور ذاتها، خاصة في الدول الوليدة التي تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالحرية التي صار الإيمان بها وبمتطلباتها، عقيدة لا يسترحزون عنها، ويقسمون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقياً أن تركز دستائر هذه الدول، القيم التي اعتنقتها القانون العام في دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها في صلبه، بعد أن بهرتهم برقيها وتساميها وثلاقيها مع القيم التي تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الإجرائية، التي كثيراً ما يحال في فهم مضمونها إلى تطبيقاته في دول القانون العام<sup>(١)</sup>. مما جعل تطبيق الوسائل الإجرائية المتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها في دول القانون العام، شرطاً لسلامتها<sup>(٢)</sup>.

فالقيد على الشخص أو احتجازه، لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان معقولا على ضوء مفاهيم الحرية التي كرسها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيراً حقيقياً عن ضوابط ينبغي أن يؤكد لها الدستور في مجال ضمانه للحرية الشخصية التي تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التي لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالي النظر إلى شروط القبض والاحتجاز التي ينص عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتت بها. ولكن الدستور بسطها مؤكداً لقيم عليا درج عليها القانون العام، متوخياً بها إبطال كل

(1) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص في الدستور على عدم جواز القبض غير المبرر ليس مبداءً جديداً، وإنما هو تأكيد وحفاظ على قاعدة

من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة التدقيق

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.



### المبحث السابع

#### القيم الأخلاقية للجماعة النابعة من ثقافتها

#### The Shared Ethical Values of the Culture.

١٣٥- كذلك فإن قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، كثيرا ما يُنْخَلون في نصوص الدستور التي يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بغير وعى- معاني يستمدونها من القيم التي يشاركون فيها أبناء وطنهم، والتي بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إما تعمل وفق أوضاع تتفاعل معها، ووفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعي.

وتأخذ النظم القانونية بالتالي فيض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التي أفرزتها ثقافتها. ويندرج تحتها ما يكون ضروريا من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموغلة في فحشها أو انحطاطها حتى لا نظل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضى البعيد التي تتناقض رقي الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي تتركز مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلفية والنفسية والتفضيلية- هي التي ينبغي أن تعمل عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع مجانا أو غير داعر (١) وتحديد القواعد التي يعامل على ضوءها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم..

وبكذلك تقرير حق كل جهة قضائية في أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفة عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضا لمبادئ العدل لها من استقرارها في ضمير الجماعة، ورسوخها في تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية (٢) المعتبرة قاعدة في كل تنظيم من طبعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة موقفا مصالما للضمير الجمعي، كتعيبها أفرادا احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقراء في الحصول على مشورة محام في القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سيادية قومية لها جنورها من

(1) Roth v. United States. 354. U.S. 476. (1957).

(2) Synder v. Massachusettes. 291 U.S. 97 (1943).

القيم المتأصلة في الجماعة، كنهيتها عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورفضها نماذج الدعاية على تبين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التكتيل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التي كان أثرها بعيداً على القضاء حتى في الأزمان البعيدة<sup>(١)</sup>.

والرجوع إلى قيم الحق والحل التي لا تتحول، والممتدة أفلها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الغائرة في أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز النزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل في تطبيق للقضاء للقانون أن يكون موضوعياً، وألا يزلق لأحدهم في مجال إنفاذه إلى آمال يقدر ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر فلسفية يعتنقها، إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغي أن يشكل إطاراً لتلك القيم التي لا يجوز تجاهلها عند الفصل في المسائل الدستورية.

وكثيراً ما يعبر للقضاء عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التي تقتضيها الجماعة التي تدل بتحشمتها Decency وآدابها، والالتق من مظاهر سلوكها، على منيبتها وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التي بلغتها القيم التي تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها بالقضاء بالنسور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المنظورة التي لها من مرونتها واتساعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن اختلاجها بأعق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هي قواعد كلية تنظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتي لا بد من ضمانها بما يكلل حيويتها، واتساقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاء في زمن ما، وعلى الأخص إذا بلغوا من الكبر عتياً، قد يتخذون من هذه القيم موقفاً رجحياً يناقض مستوياتها المعاصرة، إلا أن القضاء في كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم المتأصلة في مجتمعهم، وإلا

(١) في عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن الفرد ضد تحكم السلطة

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى لنصوص الدستور معنى تدل بوضوح على نيتها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقديراً بأن واجبها في مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعيل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزها (١).

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

---

(1) Swisher, "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.



### المبحث الثامن الخبرة العريضة للقضاة وفلسفتهم

١٣٧- قد لا يلتزم القضاة دوماً بقيم الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبذلونها على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تطرح عليهم.

وقد يكون لغير من بينهم فلسفة متميزة لكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر القضاة خبرة، أبلغهم في التعبير عن القيم التي يتصورها نهجا أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها في قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تخلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلا، ولا أن يكون للقاضي مكانة لها كان كثرها، إذا كان يعمل بغير اقتناع، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مخادعا، متجاهلا خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوءها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، قلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصوبونها في الآراء التي يبدونها. ولا تزيد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبعتهم بمذاهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يساندونها بمبادئ قانونية يبدعونها، أو يستمدونها من أقوال لفقهاء، أو حتى من السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية، إلا استلهاما لمفاهيم سابقة عندهم، ثم التماس دعائم تكفي لحصلها، ولو من مصادر خارجية<sup>(١)</sup>.

(١) Jérôme Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمحامون الذين يرفعون دعوى في شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة في مصير دعاوهم إذا كان للقاضي الذي يفصل فيها متعصبا لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون سلفاً دعمهم للحقوق التى يطلبونها ويناضلون لاقتضاها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن القضاة يختلون فيما بينهم فى مجال القيم التى ينتصفون لها، فقد يعدل قاض عن بعض القيم الشخصية التى كان حريصاً على تطبيقها، مغلباً عليها المفهوم الاجتماعى للقيم.

وقد يؤمن أحد القضاة بأن حرية العقيدة مكانة تسمو بها على سواها. ومنهم من يكون معنياً بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التى يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضى إلى رفض أشكال التمييز العنصرية فى طبيعتها، ناجماً عن تجربته الشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة، أو يكون مدافعاً عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصماً لكل القيود التى تفرضها السلطة على حرية التنقل، أو مناهضاً أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعى يجردها عملاً من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها.

ويظل ثابتاً أن القضاة فى كل عصر، لا يدونون فى أحكامهم غير القيم التى يتصورونها أكثر صواباً - إما كان منها شخصياً أو اجتماعياً - وهم بصوغون لهذه القيم معانيها التى يرونها أكثر تعبيراً عنها، وأوفى حماية لها.

ذلك إنهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم معضدونها، ولا التعبير عن فهمهم لضرورتها بكل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرصون على تثبيتها إلى حد القتال من أجل إرسائها، ويقدمون أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها أقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التى يحتاز القضاة لها، تتركز مراتبها فى أذهانهم، فمنهم من يقدم القوم الجمالية على غيرها.

(1) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rinehart, N Y, 1942) p.233.

وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقديسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضرروة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدمها الدولة إلى المعابد الدينية تدخلًا في حرية العقيدة مخالفًا للدستور.

وقد تكون حرية المشروع عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التي تحد من حركتها.

والنظرة المتعمقة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضائتها يرتبطون بوجه أو بأخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها عملاً أكثر صواباً من غيرها.

ويظل أمراً غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضائتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنًا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التي دل ثبوتها على استقرارها.

### المبحث التاسع

#### حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فـإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير ونقل أعبائها وخروجها بالتالى على الحدود المنطقية اللازمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها فى هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التى تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها فى شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقوفها عليها واقعا فى إطار علمها العام(١).

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها -ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا(٢)- من خبراء يملكون بشهادتهم أمامها؛ أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التى يبرهنون فيها على وجود واقعة يعينها لها أثر على الخصومة.

وكما كان وجود واقعة يعينها، أو مجموع من الوقائع المتضاربة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحماية القانونية المتكافئة، قد يعتمد على دارساتها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل فى دستورية التمييز بين أجناس بالنظر إلى لونها. كالتمييز بين الطلبة فى مدارسهم لاعتبار يتعلق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعايشهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تسليوهم معهم فى القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يطرح عليها، أو تستظهره هى من دراستها، أو من التقارير التى أعدها بعض اللجان التشريعية، أو من أية شهادة يدلى بها الأفراد أو الخبراء أمام

{1} Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصلى من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم وسماتهم البدنية والمقننة.

لجان الاستماع؛ أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل معلومة تراها مفيدة في عملها.

يؤيد ذلك أن القوانين التي تفصل في دستوريتها، قد تكون ملاتها مسائل علمية خالصة، من بينها ما يكون ضروريا من التدابير لحماية العمال في صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجناس من الأعباء التي تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها في ائتياد بعض الفئادق أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يلوهم من آثار مدمرة تتفادق بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضادفها نكسهم في رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتها الصحية.

وقد يكون من شأن الرهون العقارية والقيود الباهظة التي تحيطها، الإضرار بالمدين الراسن، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويره، وبوجه خاص كلما كن من أثر هذه الرهون على المشروع، تدمير أو إعاظه عن مواصلة نشاطه.

وتظل جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوما، وكلما كان فصلها في دستورية للنصوص القانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض في الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحررها وصولا لأصاقتها، وبصرها بجوانبها، وأن يكون إنراكها لها عريضا متكاملا.

فالأثار الاقتصادية المترتبة على الإنكماش؛ وآثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عن مصادر مختلفة تلوثها؛ وآثار التمييز بين الطلبة في شروط الالتحاق بالمعاهد التعليمية بالنظر إلى ثراوتهم؛ والآثار الصحية الناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء في أشخاص للقائمين عليها أو في تسهيلاتها؛ جميعها ينبغي بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يعينهم أمرها في الخصومة القضائية التي تفصل فيها.

بل عليها أن تنبيههم إلى ما توافر لديها من مادة علمية، وأن تدعوهم إلى مناقشتها، وإدعاء رأيهم في شأنها، سواء لتوكيدها أو لنفيها.

فإذا أقام هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التي يرد الاحتجاج بها في الخصومة القضائية، تقتدر إلى ما يحز صحتها، وأنها لا تدخل في إطار المسائل التي يمكن أن تتركها جهة الرقابة على الدستورية في نطاق علمها العام (Matters of common knowledge)، فإن تحويل الحكم عليها يكون خطأ فادحا.

### المبحث العاشر

#### الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في المسائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل تولزن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، أخذه في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لمسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شؤونها، إلا عملاً منهاه عنه دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، يدفعها إلى محض هذه التهمة -لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيهاً، ولا بالتخلي عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها- وإنما من خلال المسابيح القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قاعاً تتخفى وراءه، وكان الجديد من أحكامها ليس إلا التقسيم منها، تردد بها أصداء ماضي صار منقضيًا.

وأحياناً تفصح جهة الرقابة القضائية على الدستورية -ببطريق غير مباشر- عن إدراكها النتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدتها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خلافها. فيطالها تشريعاً بقيد حرية التجارة، قد يقترن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تدفقاتها من خلال الحواجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تدفقاتها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأخرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التي تفرضها ولاية على وسلطات النقل التي تدخل إقليمها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائط لاتجاهها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقدره التكليفية للخاصين لها؛ أو منتهاها إلى تخليهم عن نشاطهم المشروع؛ أو جاعلاً مضيقهم فيه

رهقا؛ لو مستثيرا ردود فعل غاضبة تفل بالأمن القومي؛ أو منهيا تعاون الدول لقتصاديا فيما بينها، وموديا إلى تبادلها صورا من الردع تتخذ شكلا لقتصاديا.

ولئن حرص قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحيانا قد لا يمحسون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بعق جوائها. وقد يهملونها بعد وقوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبني على حررها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو الدفاع -إذا لم تكن على يقين من نوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل في الموضوع المعروض عليها- كي يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كثر لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، والتي يكون التكهّن بها من زاوية علمية Scientific Prognosis دالا على رجحان حدوثها.

### المبحث الحادي عشر

#### نصوص الدستور في لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية في تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض، والتي لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعي، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التي تتعدد مواضعها في الدستور، ينبغي فهمها على أنها هي ذاتها في كل موقعها، وأن معناها بالتالي واحد في كل استعمالها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالي تجريدها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا ترتبط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جاذبا منها عقيم في معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين النظر في نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التي ينظمها باعتبارها نتائج أصولها لضمان تفسيرها بصورة أدق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور في لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم في مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تنشئ حقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقوقا لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التي تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالي، تقييم المحكمة الدستورية العليا في مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون -لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور- وإنما بالنظر إلى أن تساويهم في المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"



مبدأ نص عليه الدستور في بابہ الخاص بحقوق المواطنين وحریاتهم؛ وجاء بالتالی فی موقع  
الصدارة منها (١).

ولیس ذلك إلا ترتيباً لحقوق المواطنين وحریاتهم على أساس مواقعها فی الدستور. حال أن  
حقوقهم وحریاتهم هذه، لا تندرج فیما بینها، ولا تنفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فی إطار منظومة  
تجمعها وتتکافأ مفرداتها فیما بینها. فلا یكون كل حق أو حرية، إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة  
مرتبة على وجوده.

---

(١) "مستوریة طلیا" للقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ لاضافیة "مستوریة" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٢٨٠  
- ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

### الفصل التاسع

#### بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها

### المبحث الأول

#### الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- يعتبر دستور ١٩٧١، أول دستور في مصر يقرر نظاما للرقابة القضائية على دستورية

القوانين.

ذلك أن للدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التي أورثتها في صلبها -لم ترق نظاما قضائيا دستوريا- لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، ضمنته نظاما برلمانيا حراً وتمثيلا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التي عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة (١).

إلا أن فؤاد الأول -وقد كان سلطانا ثم ملكا على مصر- ألغاه عام ١٩٣٠ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، وأحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقويها (٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكي رقم ١١٨ الصادر في ١٢/١٢/١٩٣٥. وعاد العمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ مسقطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢ عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش (٣)، ثم إلغاء الملكية في ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستوري الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة في ١٠/٢/١٩٥٣، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائي.

(١) صدر هذا الدستور في ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. وقد نشر في الوقائع المصرية بالحد ٤٢ [غير اعتيادي] في ١٠/٤/١٩٢٣.

(٢) ألغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠. وقد نشر هذا الأمر في عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادي] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٣٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستوري في العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادي] من الوقائع المصرية بتاريخ

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير وضمنان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية<sup>(١)</sup>.

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائي، وكان من بين النصوص التي أقرتها وضمنتها مشروعها، إحداثها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، ويتأثر دور محكمة التنازع للفصل في مسائل تتنازع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض في أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية في مصر، هي الفصل في دستورية انتخاباتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر -الذي قبض بيده على السلطة آنف- لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاؤها، وعهد إليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذي ووفق عليه في استفتاء عام، كائنا للمواطنين -لأول مرة- حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنها التعددية الحزبية، مقيما محلها حزبا حكوميا وحيدا<sup>(٢)</sup>.

وظل هذا الدستور معمولاً به حتى انعقاد الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة الوليدة -وهي الجمهورية العربية المتحدة- دستور ينظمها في ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستوراً مؤقتاً. وليس في هذا الدستور -المكون من ٧٣ مادة- إلا أقل القليل من النصوص التي تكفل حقوق الفرد وحياته<sup>(٣)</sup>.

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطني للقوى الشعبية في مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر في عام ١٩٦٢ ميثاقاً وطنياً منشأ حزبا حكوميا وحيداً هو الاتحاد الاشتراكي العربي، وكافلا للعمال والفلاحين -لأول مرة- عددا من مقاعد المجالس النيابية لا يقل عن نصفها.

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٠/٢/١٩٥٣ في عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكرز ب [غير اعتيادي].

(٢) هو الاتحاد القومي. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية -العدد ٥ (مكرر) غير اعتيادي بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد الأول بتاريخ ١٣/٣/١٩٥٨.

وتلا هذا الميثاق، إعلاناً دستوريا صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ متضمناً تنظيمًا في شكل دستور للسلطة العليا في الدولة (١). وأُعقبه دستور آخر صدر في ١٩٦٤/٣/٢٤، وعمل به بوصفه دستوراً مؤقتاً، وإن ظل قائماً حتى ١٩٧١ (٢).

وبدل استثناء هذه النماذج جميعها على أن حقوق المواطن وحريته التي كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكفل ضمانها بصورة جدية ممثلاً في رقابة قضائية على دستورية القوانين، ينشئها هذا التنظيم للخاص ويضمنها.

ولكن للقضاء كان يسلم بهذه الرقابة وبضرورتها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الدولة في مصر من أكبر دعائمها - لا بوصفها رقابة مركزية تتحصر في جهة واحدة - وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة في إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، ومراجعة ما بينها من تدرج يكفل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

(١) نشر هذا الإعلان في العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد ٦٩ تابع (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ ١٩٢٣ مبادئ رحبة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم في ١٩٧١. وكانت حججه في ذلك، هي ذاتها التي ردها فقهاء آخرون في بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن السيادة لا تتعد لغير السلطة التشريعية التي تمثل الجماهير في مجموعها، وأن القوانين التي تفرها، هي في حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هي إرادة الأمة مجمعة *Rassemblement* ولا يتصور بالتالي أن تفرض على السلطة التشريعية التي لها ناصية السيادة ويدها زمامها، رقابة من أي نوع، ولا أن يفترض الخطأ في تشريعاتها التي لقرنها أغلبية حرة بكامل إرادتها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم كان القانون في مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن السيادة الوطنية التي لا تعطى عليها أية سلطة، ولو كانت هي السلطة القضائية التي ينبغي عليها أن تقنع بتطبيقها للقانون، دون نظر منها في مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عدواناً من جانبها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التقديس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية في مصر -وبالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تقف إلى الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولئن يكون تدخلها في عمل السلطة التشريعية إلا تحريفا للإرادة التي تمثلها.

هذا فضلاً عن أن القوانين التي تنظم السلطة القضائية، تمنعها من تولي الأوامر الإدارية أو وقفها. وينبغي عليها بالتالي سويدالة الأولى *A fortiori* - ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفوا للسرعة الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -اللتي لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها في الدستور وفي الحدود التي

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها- لرقابية قضائية ترعى تنفيذها بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية تستقل عنهما، ولا تندمج في إحداهما أو تلحق بها(١).

ولئن قيل نفيًا لهذه الرقابة بأن القانون والدستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنهما مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقا وشمولا وتوثيقًا، وضمانها لكل حق أو حرية أدرجتها في الدستور واحداً بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحرياتهم يتقيد المشرع بها في مجال تنظيمه للحق أو الحرية التي نص الدستور عليها.

هذا فضلا عن أن السلطين التشريعية والتنفيذية تكتيان في وجودهما إلى الدستور. لأنهما من خلقه.

ولا يتصور أن تعارض السلطة التي أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التي أنشأتها فإذا أهدر المشرع جهودا حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يعلو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتساعدنا طبقة فوق طبقة، إلى نهاية بنائها وزراء، ممثلاً في الدستور.

فضلاً عن أن الذين يخولون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يجاهلون أن الجهة التي تتولاها، لا تبشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضماناتها الخاصة، التي لا تحل بها محل السلطة السياسية، ولا تقيمها بدلاً عنها، حتى مع القول بأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها تخالطها عناصر سياسية تتأثر بها الحلول القانونية لهذه المسائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في نطاق الولاية التي عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغطها على قضاة جهة الرقابة الذين يتخذون قراراتهم في شأن المسائل الدستورية التي تطرح عليهم وفق ضماناتهم، وبمراعاة ما بين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التي تؤكد علو الهيئة التي تبنتها، وتكفل موازنة

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية [٢٣ مايو ١٩٤٩] على أن المحكمة الدستورية الاتحادية لا يجوز أن تكون جزءاً من السلطة التشريعية الاتحادية Bundestag التي تمثل الشعب في مجموعه، ولا جزءاً من الحكومة أو أي من تنظيماتها.

الديموقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصرا في حدودها الضيقة التي يبين الدستور تخومها كضمان يحول دون انحرفها.

هذا فضلا عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقابتها على الأوامر الإدارية جميعها -التظيمية منها والفردية- وتلغيها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون إبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجافيا للمنطق، ولا منافيا للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء للدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع<sup>(١)</sup> عن تطبيق كل قاعدة قانونية تقدر مخالفتها للدستور، سواء لتطرق مثلبها بأوضاع شكلية ينبغى إغراؤها فيها، أو بمضمون كان عليها أن توفقه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي<sup>(٢)</sup>.

ولم ينصم أمر الرقابة القضائية على الدستورية ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور - إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكما دائما في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيما دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي نتحصل أولا في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم بقانون، لا يمتنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار للنصوص المطعون عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وأن التذرع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإنكار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة داحضة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقيم الرقابة على الدستورية عمدها؛ لأنها تنوخي حصر نشاط كل سلطة في النطاق المخول لها طبقا للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما الدستور إلا قانون ينبغى على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره مترجما قمة لهم يضم القواعد القانونية جميعها، وإن كان يخايرها في سموه عليها باعتباره موئل حقوق الأفراد وحررياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

(١) صدر أول حكم يؤيد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤١، إلا أن محكمة استئناف القاهرة ألغت حكمها في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستددة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاه السلطة التشريعية بمناسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فلن فض الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتحفية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتعليقها الدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تعديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشزع بصورة مبتدأ بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تلزمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى<sup>(١)</sup>.

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيانه، تولى المحاكم جميعها -أيا كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعى يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المردد فيها. فلا يكون للفصل في المسائل للدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا مسابقاً على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء لية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقيد بها نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص ١٦٦.



### المبحث الثالث

#### رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تمثل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطورا محمودا في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يهيئها بوجه خاص هو افتقارها إلى معايير موحدة تقاس على ضوءها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ وتفرقها بين المحاكم جميعها؛ وتتلفض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى داخل المحكمة الواحدة.

فضلا عن نسيبة آثارها. ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة وناظفة فيما عدا الدائرة المحدودة التي نحي هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة القضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

### المبحث الرابع

#### إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معمولاً به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ في ١٩٦٩/٨/٣١، منشأ محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين (١).

وقد للقرن إحداث هذه المحكمة - وقد تم تنفيذاً لبيان ١٩٦٨/٣/٣٠ - بصور قرار آخر بقانون عزل عدداً لا يستهان به من القضاة عن طريق تنحيهم من مواقعهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإنهاء خدمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط المحكمة العليا الوليدة بصورة قائمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة - لا لتأكيد الشرعية للدستورية ودعم حقوق المواطنين وحررياتهم - وإنما كأداة في يد السلطة التنفيذية توجهها لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتصاص ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقياً بالتالي ألا يتقبل الوسط القضائي وجود المحكمة العليا بضم نية، ولأن ينظر إليها مستريباً. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة في ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قاضي الموضوع في الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور؛ وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور موداه تجريدها من قوة نفاذها وإعدامها. وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفاً للدستور.

ولمواجهة هذه الصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضفي على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية دستورية، وذلك بما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٣٥ مكرر في ١٩٦٩/٨/٣١ وقد أكمل هذا القرار بقانون، بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي نشر في العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٧.

### المبحث الخامس

#### اتسباط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل فى دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده فى مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر فى ٣ يوليو ١٩٧١ فى القضية رقم ٤ سنة ١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما فى ذلك تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الفرض على الوجه الذى يعنيه قانون المحكمة العليا فى مادته الرابعة، إلا ببسط رقليتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة أقسى فى التشريعات الفرعية منها فى القوانين التى يتوفاها من لوجه دراستها وبحثها ما لا يتوفاها للوائح التى ينظم بعضها حريات المواطنين و أمورهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، أعاد أمرها كما كان إلى المحاكم جميعها، تضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستورتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها البعض(١).

(١) ص ١٦ و ١٧ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧ .  
أنظر كذلك فيما نثار من خلاف حول انسحاب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص ١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا فى شأن القضاء الدستورى والرقابة على الدستورية إدراك الشعب - طبعة ١٩٨٨.

### المبحث السادس

#### معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادى بالولاية التى بمسئلتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فى الطلب المقيد بجدولها برقم ٢١ سنة ٣٩ ق [رجال قضاء]، إلى تقرير انعدام القرار بقانون رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقومة حكمها فى ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء فى شأن من شئونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخولانها غير الفصل فى دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذا كان عزل القضاة من وظائفهم، من المسائل التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا يقرر بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم فى جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسم يجعله عديم الأثر.

فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التى فوض رئيس الجمهورية فيها، فى ذلك التى تتصل بالأوضاع الاستثنائية التى تنطبق بأمن الدولة وسلامتها، و تعبئة كل إمكانياتها للبشرية والمادية ودعم المجهود الحربى.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التى حددها ذلك القانون، والتى قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٧٦، والتي لا يندرج تحتها ما تضمنه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاة الذين لا يعادون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها، إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالى من قوة القانون (١).

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ من الدائرة المدنية والتجارية -الطلب المقيد فى جدول المحكمة - برقم ٢١ سنة ٣٩ ق (رجال القضاء).

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض في شأن اختصاصها -تو المحكمة العليا- بالفصل في دستورية النصوص للاتحادية التي لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة القانون؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، قولا منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص للقانونية تفسيراً ملزماً، مقصور على النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، ولا يتعداها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يخول المحكمة العليا سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، لنص على ذلك صراحة.

وشمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور في محاولاتها تفهم مرامييه في مجال فصلها في دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزماً، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيتها الطبيعي، وفي مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل في شئون العدالة، ومصادرة لحق التقاضي والدفاع اللذين كلفهما الدستور في المادتين ٦٨ و٦٩؛ وتقليص لدور القاضي الطبيعي إلى مجرد التطبيق الحرفي لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا يزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يراه صحيحاً، بل قاعدة ارتأها غيره موافقة لحظها.

فضلا عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، مؤداه أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مرتبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذي تفصل المحكمة العليا في دستوريته، هي ذاتها كلمة "القانون" الذي تفسر نصوصه تفسيراً تشريعياً. وإذا كان الدستور لم يفوض المحكمة العليا في تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن لتدخلها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر (١).

(١) المحكمة الإدارية العليا - (الدفتر الأول) حكما الصادر في ٩ أبريل ١٩٧٧ في الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣ قضائية عليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجملة ٢٩ من مارس ١٩٧٧ في الدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٢١ القضائية المقامة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

### المبحث السابع

#### إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل لاندائير المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد في شأن الدولة القانونية، أهمها تأكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس للحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحيرياتهم.

وهذه الملامح الرئيسية للدولة القانونية، هي التي كفلتها المادتان ٦٤ و٦٥ من الدستور، ومؤداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تسمو عليها، وتنفذ هي بها، فلا تخرج عليها في تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -في حده الأدنى- موازيا للقواعد التي جرى العمل بأطراف في الدول الديمقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحياتها وضابطا لحركتها.

وفي إطار هذه المفاهيم -على ضوئها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كتقيد على السلطة في كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائي لأحكام الدستور في نطاق الخصومة القضائية.

وفي إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا، وأحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساعتهم تلاميذا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية.

وفوض الدستور المشرع في بيان الآثار المترتبة على أحكامها الصادرة بإبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.

### المبحث الثامن

#### خصائص بنين المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هى الخطوط الرئيسية التى أقام الدستور فى إطارها بنين جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلى:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كغلا من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل فى تصرفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص أفرده للمحكمة الدستورية العليا، دالاً به على موقعها من المحاكم جميعها؛ وتفردها بدور متميز عنها؛ ولها لا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها فى الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التى تنصل فيها. ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها، ذلك أن الجزئية تفيد اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هى التى تفصل دون غيرها، وفقاً لنصوص المواد ٢٥ إند ثانياً] و ٣١ و ٣٢ فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد اطرده قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحكم بين الجهتين القضائيتين المتنازعتين على الاختصاص، لو اللتين وقع للتنازع بين أحكامهما النهائية.

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية مدينة القاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكماً، أن تكون طرفاً في خصومة للتنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوافر لها حيديتها واستقلالها عند الفصل في هذه الخصومة، وألا تكون جزءاً من هاتين الجهتين التضايفيتين المتنازعتين كي تستقل عنهما بتشكيلها وضمائنها، بما يكفل تقيدهما معاً بأحكامها فـى شأن هذا التناقض أو التنازع (١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، مؤداه إسباغ الولاية من جنيد على الجهة التي عينتها كي تفصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائياً (٢). وفي ذلك تمليط لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءاً من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تفصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، أو في خصومة التنازع أو التناقض، أو في منازعة تنفيذ تتصل بها وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك في خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلاً عن الفصل في كل طلب يقدم إليها وفقاً لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً؛ إلا ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية وفقاً لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا غشاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا في مأمن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها فـى أكثر مجالاتها أهمية.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣ - ص ٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا" للقضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية "تنازع" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" للقضية رقم ٣ لسنة ١٣ قضائية "تنازع" - جلسة ١٩٩٣/٢/٢٠ - قاعدة رقم ٧/١٢ ص ٥٦٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.



خامساً: أن الدستور وإن اقتصص المحكمة الدستورية العليا وأقردها بالفصل فى دستورية القوانين وللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين فى القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثمانى سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا منفصلاً به كيفية اتصال الخصومة الدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والفصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل فى دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتعلق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً؛ وثانيهما بالفصل فى تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

### المبحث التاسع

#### تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ويلاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة للدستورية العليا، وإن تعاقبتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجراتها أكثر ثوبًا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوافيا، أو قائما على الطول للتوفيقية، بل تنفقا عريضا يقيم للشرعية الدستورية بنيانها الحق في إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملامحها بما يحول دون اختراقها.

ولم يكن صحيحا بالتالي ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحرياته.

وربما كان نقيض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعثر خطاها، وأن ترسخ في النهاية لضغوط عليها متفاوتة في درجتها، شأنها في ذلك شأن قضاء المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. وإن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالي غير مجرد واجهة ديمقراطية زائفة ليس لها من القوة أسبيلها، خاصة وإن الفترة للناصرية التي عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تكدثر بعد توجهاتها، ولا القيم التي اتخذتها عقيدة لها بما يؤمن ببقاء المحكمة للدستورية العليا أسيرة لها، ولو بغير وعى منها؛ وبما يجعلها في النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقاتمتها.

غير أن الذين تصوروا مصيرا شأنها للمحكمة الدستورية العليا، فاتهم أن المحاكم الدستورية في بلدان عديدة، حتى تلك التي تم ميلادها من أرحام النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر في ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال المماطة التي خلقتها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تختلط بأنفاسها، بل تستقل عنها بما ينفي تشبيهاها بالأجرام السماوية التي لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومترجة- نقطة انطلاق جوهريّة تتشغل في بيئتها وضرورة تطويرها؛ وفي وجوب إخضاع المهام التي تقوم عليها لنظرة واقعية يبلورها قضاتها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معينة تقيد للنظم الشمولية معابدها، ولصور

الطغيان أسبابها. وإنما هي آمال المواطنين وطموحاتهم يتخذونها مدخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحيرياتهم التي كفلها الدستور.

وينبغي ألا يغيب عن البال أن المحكمة العليا كانت تعمل في أجواء خائفة، وكانت ولاية قضائها محدود زمنياً. ولكن ذلك لم يشأ عن أن تصدر أحكاماً رائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت في المنين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضائتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، ولتوفير لطمهم وخيراتهم.

### المبحث العاشر

#### موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحرياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يوفقها والأوضاع المتغيرة في الجماعة يوماً بعد يوم، فلا تكون حركتها في إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقتضهم في مجال النفاذ عنها.

وفي مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكي والأوربي.

فعلى ضوء النموذج الأمريكي، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في محكمة واحدة، ولكنها تتوزع بين المحاكم جميعها، كي تفصل كلا منها في مسائلها، التي تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك النموذج الأوربي الذي يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة في محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التي تتفرد بها، والتي تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج في كثير من الدول في بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة النمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

(١) ظهر النموذج الأمريكي في بداية القرن التاسع عشر حيث تقرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر في قضية: *Marbury v. Madison* (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المواد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستوري للنمسا المعمول به في ١٢/١٠/١٩٤٥؛ والمواد من ١٢٤ إلى

١٣٧ من دستور إيطاليا في ٢٧/١٢/١٩٤٧؛ والمادة ٩٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول

به في ٢٣/٥/١٩٤٩، وفي فرنسا من خلال مجلسها الدستوري المنصوص عليه في دستور ٤/١٠/١٩٥٨.

وتزايد عدد هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة في الجزء الثاني من القرن العشرين من بينها أستراليا والبرتغال وبلجيكا<sup>(١)</sup>.

واستقراء هذين النموذجين، يدل على انحياز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكي وعلى الأخص في كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج الأوربي.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها في دول قليلة كسولندا والمملكة المتحدة ولوكسمبورج، وإن صرح القول بأن الأهمية التي أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي التي نشرتها في دول أوروبا الشرقية كبلغاريا، والمجر، وبولندة، وجمهورية سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن للرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تبين الدول التي أقرتها في تنظيماتها- غاية واحدة تتمثل في تحقيق الشرعية الدستورية من خلال تقييد كل سلطة بالحدود التي رسمها الدستور لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكلها، وتقوم لولايتها، وطرائق وآلية إجرائية، ومسائل فنية للفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، فقد تكون رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لنفاذه.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بحكم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثير خلافاً حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التي يكفلها الدستور لجهة الرقابة في بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة في غيرها.

وقد زاوج النظام في مصر بين النموذجين الأوربي والأمريكي، وذلك بتركيز الرقابة على الدستورية في يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسس بالنموذج الأوربي-

(١) المولد من ١٥٩-١٦٥ من الدستور الألباني الصادر في ١٢/٢٩/١٩٧٨، أما في البرتغال فقد أنشئت محاكمها الدستورية بمقتضى القانون الدستوري رقم ١ لعام ١٩٨٢ المعمول به في ٣٠/٩/١٩٨٢. وفي بلجيكا أنشئت بها محكمة التحكيم بمقتضى تعديل دستوري تم في ٧/٢٩/١٩٨٠. ولم تعط لها سلطة الفصل في الحقوق الأساسية للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هي المحكمة الدستورية العليا التي تفصل في المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتي يندرج تحتها الطعن في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق دفع يثار أمام محكمة الموضوع. وذلك لاستهداء بالنموذج الأمريكي.

ويتبقى أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثاً، إلا أنه ضم بين دفتيه ثراء التجربة المصرية وتناقضاتها. وآية ذلك التركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إيلاء الاعتبار بقدر لئل للحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصص للعمال والفلاحين في المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طوراً آخر؛ وضمان حرية التعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق النقاضى للناس جميعاً، مع تخويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي؛ والنص في الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التي يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة المنصفة التي يرسم الدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كقاعدة تحكم النظام الضريبي في الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبة من الأعباء العامة، مما جعل الدستور بعيداً في بعض زواياه، عن أن يكون متجانساً في الأصول التي يقوم عليها(١).

(1) Nathalie BERNARD-MAUGHIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX", le 5 juillet 1999.p.11

### الفصل العاشر

## الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون

### المبحث الأول

## الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء في أصول المعامل التي تنظمها، أو في أجزائها وتفاصيلها.

كذلك تتناول هذه الرقابة النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو التي أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التي أخل بها صراحة، ولكنها تتسع كذلك لتلك التي أهدرها ضمنا، سواء قصد المشرع إلى مخالفة الدستور، أم كان الخروج على أحكامه قد وقع عرضا (١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تقيم لفروع القانون جميعها أسسها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهي بذلك تتسع لكل المسائل التي تتولها المشرع بالتنظيم، أيا كان موضوعها. فلا يظهر القانون في صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التي أدخلتها جهة الرقابة على بنيانه، ليظل محكوما بها، قلنا في فلها لا يريم عنها.

ولئن صح القول بأن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تخطيها؛ وكان الدستور لا يكفل للحقوق ضماناتها إلا بقصد توكيد فعاليتها، ويحظر كل عدوان على مجالها الحيوية التي يرتبط وجودها بها (٢)؛ وكان لا يجوز أن تختلط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغي أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها سواء في منطقة اختصاصاتها التقديرية، أو

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "مستورية"- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٧ ص- ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٣/٧٤

ص- ١٠٦٧ الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "مستورية"- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٣/٨٣ ص- ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فيما هو مفيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التي فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى في نطاق سلطتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التي تقرها -عقلا- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقشها في مقاصد النصوص التي صاغتها؛ ولا أن تعارضها في حكمها؛ ولا أن تتحلل لها غير المعاني التي قارنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها في وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بأوضاع معينة لم تتركها؛ ولا أن تلزمها ببدائل غير التي انتقشتها السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صار تفيد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً في المراجعة القضائية لتصرفاتها<sup>(١)</sup>.

وفي هذه المنطقة، يتأثر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيراً في مجتمعها، وأبعدا تحويراً لبنيانه، وأبلغها زجراً للسلطة التشريعية، وأقربها اتصالاً بضممان سيادة الدستور في إطار دولة قانونية ينبغي أن تعطيه كل اهتمامها وتوقيرها.

وتبدو الآثار الواضحة والبعيدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية في فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية؛ وحرمة الملكية الخاصة؛ وحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القاضى الطبيعي؛ وضممان استقلال القضاء وحيثه لصون حقوق الأفراد وحياتهم جميعها؛ ونطاق الأعباء المالية التي يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم للشخصية وغيرها.

ذاك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص في كافة مواضعها، وأيا كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في فروع القانون المختلفة بقدر تعلقها بالمسائل الدستورية المثارة في الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالي في فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعها انتقالاتاً برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التي كفلتها قواعد القانون الدولي؛ وإلى أدواته في تنظيم العلاقات بين أسرة

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٦ -ص ٢٩٥

من الجزء السادس -والقضية رقم ٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٢٢/٣/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥/٢٣ -ص ٥٢٧  
من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.



الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التحيين والاختيار في الوظيفة العامة؛ وإلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها النصوص القانونية كالحق في العمل، وفي الملكية، وغيرها من الحقوق التي تنفرد عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها في كافة مواقعها، وبغض النظر عن تعلقها بهذا الفرع أو ذلك من فروع القانون.

### المبحث الثاني

### الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

#### المطلب الأول

#### المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية الشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقضيا إخضاع هذا الجزاء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير مترتبة تلتم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تنشئ الجرائم وتقرر عقوباتها.

وإذا ما غا القول بأن ضمان الحرية الشخصية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما توخاه الدستور بصونها، هو مباشرتها دون قيود جائرة تتال منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكان القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفرقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقعا من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكفل تعيينها وتوكيدها Identifiable and ascertainable judicial harm.

وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي، ملبيا لضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل، مستلها أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائبا بعقابهم عن أن يكون واقعا بين الإقراط أو التفريط، منتها إلى الحض على الجريمة لو هنة، أو مغاليا في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويتعين من ثم، أن يحيط الجزء الجنائي بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوءها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكما استقام الجزء الجنائي على قواعد يكون بها ملائمة، ومبرراً من منظور اجتماعي؛ فلن إحلال جهة الرقابة على الدستورية لخياراتها محل المشرع في شأن تقرير جزاء، أو تحديد مداه، لا يكون جائزاً دستورياً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### غموض النصوص الجنائية وتسيبها

١٥٣- لعل أكثر ما يهدد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابي مُجهلاً بمداه، أو منقلاً بمداه.

ذلك إن غموض النص العقابي موداه أن يجهل المشرع بالأفعال التي أُلهمها، فلا يكون تحديدها قاطماً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خالياً.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطو مداركهم ولا يشمون بانحدارها، إنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالاتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخطب في شأن صحيح مضمونها ومرادها، بعد أن أهمل المشرع في صياغتها بما يحدد مقاصده منها، بصورة ينحصر بها كل جدل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً Fair notice بما ينبنى عليهم أن يدعوه أو يأتيه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦٥/٤٧ - ص ٧٢٤ و ٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٣، ٢٢/٨ - ص ١٥٤ و ١٥٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلاً عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٢ - ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/١٥ - ص ٢٧٧ - الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملاً انتقائياً. كاشفاً عن أهوائهم ونزواتهم الشخصية، ومبلورا بالتالى خياراتهم التى يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها نذيراً.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلاً عن غموضها، قد تنقسم بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأفعال التى يجوز تأنيبها وفقاً للمستور، بل تتجاوزها إلى أفعال رخص المستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتغال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إفراطها فى التأنيب، فلا يكون نسجها إلا ثوباً يفيض عنها، ولا يلتزم وصبيح بنينها Broad and fluid determination (١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شباكاً أو شراكاً يلتقيها المشرع متصيداً باتساعها، أو بخفائها، من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها -جميعهم متهومون محتملين- وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفراطتها، غير مدخل إلى إهدار حقوق كفلها المستور، كذلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالحق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع (٢).

وكما أنه المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان، بما ينفى التجهيل به، يعتبر شرطاً أولياً لصون الحرية الشخصية (٣).

وصار لازماً أن يكون النص العقابى حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها كى لا تتداح دائرة التجريم، بما يخل بالأسس التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يخلض ضمانها من خلال قوانين جنائية تقتصر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٣- ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ ايق "مستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١/١٧-ص ١٦٦- ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤- قاعدة رقم ٥/٢٨ -ص ٣٦٣- ٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٤/٢٨-ص ٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، يتعدون عادة -حظر العقوبة وتوقيفها لها- عن مباشرة الأفعال التي داخلتهم شبهة تكتيمها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتميعها، يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه.

وهي قواعد لا ترحض فيها، وتمثل إطارا لعملها لا يجوز لتحام حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التي تؤثمها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التي تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواحيها(١).

### المطلب الثالث

#### ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التي تقضى بالآ جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هي التي تتولى أصلا بنفسها -ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، لو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقارنها من جزاء؛ لتتصل السلطة التنفيذية ببعض جوانبها، بما يجعل تدخلها في المجال العقابي وفق القسور والأوضاع التي حددها القانون.

فلا ينور التجريم إلا مع النصوص القانونية التي تنسم بصوريتها وانقضاء شخصيتها *La Portée générale et impersonnelle.*

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية"- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -لقاعدة رقم ٣/١٧ -  
٥ ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعا للسلطة التشريعية، ومحددا على ضوء قوانينها، فلا تتولا بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانونى للجرائم التى ارتبط بها الجزاء الجنائى، لا ينال منها مريان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقابا جنائيا. إذ لا يعدو ذلك أن يكون تقريرا لجزاء جنائى فى شأن وقائع متخلفة. وليس من شأن تبانيها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم<sup>(٢)</sup>.

ولأن فكرة الجزاء -مدنيا كان أم جنائيا- مفادها أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققا أن كل جزاء جنائى لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائى من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوءها الأفعال التى أنمها المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤده ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفا بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجا عابثا، أو كان وقوع الأفعال المقيمة، يثير اضطرابا عميقا.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة نطاق تطبيقها بما لا يلبيها بغيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقارن هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءا منها يتكامل معها ويتممها<sup>(٣)</sup>.

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون يلامسا غير مبرر، يؤكد قسوتها فى غير ضرورة.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - المساعدة رقم ٤٧ - ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية" - للقضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤١٨ - ٤١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزاً بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مداه، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم للمتحضره، والتى تؤكد رقى حصها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديمقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -التي تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية؛ والتى لا يجوز معها أن تكون العقوبة مقيدة للحرية للشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتثالها للكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤداه خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موثماً للأفعال التى لثمها المشرع، بما يصادم للتقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم -وعلى ضسوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصديقاً (١).

\* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو نفيدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دولتها، أو خلفيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعليمهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وتردها بين لينها واعتدالها؛ وغلوها؛ وإسفافها.

والاستثناء من قاعدة نفيذ العقوبة أيا كان غرضه، مؤداه أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصبون فى قلبها، وأنهم يتوافقون فى ظروفهم وأمات سلوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيعها، تناسبها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يفقد الحرية الشخصية دون مقتض.

وإذا تبطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى انعدام تناسبها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تنال من ذات للتقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حظر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الخطر -وهو تقدير تشريعى- مؤداه أن تمنع محكمة الموضوع سلطتها فى

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنصها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملائمتها لها فسى كل أحوالها ومتغيراتها. ولكنها تزن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمانا من جانبها لمعقولية العقوبة وإنسانيته.

يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذى يحقق الإسلام المقصود بها، ليتبها بتطبيقها -بالصورة التى صلبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليهم بها، بمنذرين آخرين ربما كانوا ألدح أجراما.

وليس ذلك من السياسة الجنائية فى شئ، وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر القاضى دور كل منهم فى الجريمة، ونواياه التى قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وبما يوائم بين الصيغة التى أفرغ المشرع العقوبة فيها، وملاءمة تطبيقها فى شأن جريمة بذاتها جبرا لأثارها من منظور موضوعى يتطرق بها ويمر تكبها (١).

فلا يكون تقدير القاضى للعقوبة التى يوقعها غير شرط يقتضيه الدستور بصفة أولية لضمان موضوعية تطبيقها.

#### A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجريمة مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، والتى لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيرا عن الجريمة التى ارتكبها وتكفلا به؛ وإن أمكن القول إجمالا بأن ما يعتبر جزاء جنائيا، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لحمل

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق" دستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٦٣/١-٦٠ ص ٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

راجع كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ١٤١٣، ١٢، ١١/٤٧ ص ٧١٧، ٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلا عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق "مستورية" جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/ قاعدة رقم ٧/٣ - ١٠ ص ٧٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ وكذلك القضية رقم ١٢٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤ ص ٨٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن.



الفرد على أن ينتهج طريقاً سويلاً لا تكون الجريمة مخفلاً إليه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها(١).

وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل في العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجرائم التي حددها، مندرجاً بوطاة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحمل من خلال عبثها، جناة محتملين على الإعراض عنها.

وثانيهما ردع خاص يتحقق في شأن جريمة ارتكبها شخص معين ليحدد القاضي نطاق مسؤوليته عنها، وقدّر العقوبة التي تناسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالتالي بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقتدر القاضي عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمرتبتها، فلا يتم توقيعها جزافاً أو بصورة نمطية، وإنما لتقابل عقوبة الجريمة حدود مسؤوليته عنها، ويقدرها، بما يؤكد معقوليتها(٢).

\* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الأمم المتحضرة. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام توازنها وتردها إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها حق المتهم في الحصول على مشورة محام، والحق في مواجهة الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ودحضها، وكذلك مواجهته لشهودها، واستدعاءه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٣ -قاعدة رقم ١٥٣/٣ من ٧٠ و ٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) للحكم السابق ص ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٩/٨ -ص ١٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها وأظر كذلك "مستورية عليا" القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٢١/١٥ -ص ٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٠، ٢٩/٤٨ -٧٤٥ من الجزء السابع.

\* كذلك يقتضى ضمان الحرية الشخصية، ألا يؤخذ بجريرة الجريمة غير جناتها، ولا بنسب عقابها إلا من أنشأها، ضماناً لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسئولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

\* وينبنى دوماً أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أنشأها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أخلت تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفاً للمستور (١).

\* لا تنقد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردتها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهاها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطائها لانتفاء وضوحها وبقيتها. وهما معنيان يلزمانها ولا ينفكان عنها، حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أنشأها المشرع (٢).

\* ليس الجزاء فى المسؤولية الجنائية - التى لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أنشأها المشرع - محض تحويض. بل ينحل إيلاماً مقصوداً لردع جناتها، حتى يكسبون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التى لا يقوم للخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يُلحق بأحد من الأغيار ضرراً، سواء كان هذا العمل عمداً أم إهمالاً أو فعلاً بغير عمر أو إهمال.

ومن ثم كان جزاؤها التعويض الجابر لعناصر الضرر جميعها - مادية ومعنوية - وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق الشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو التصالح عليها.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٨ من لجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - القاعدة رقم ٥٨ - ص ٧٦٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولئن كان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضاراً بالجماعة وبمصلحة الفرد في آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر ما يمايز بينهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها (١).

\* لا يؤثم المشرع أفعالاً بذواتها إلا من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء على ارتكابها، مصيباً بعينها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفي لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن الجريمة، فلا يقدمون عليها. وذلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية في عموم تطبيقاتها (٢).

\* ليس بشرط في الجزاء الجنائي رأياً كان مداه - أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفي أن يكون هذا الجزاء قابلاً للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي فرضها وإهمال المخالفين لقوانين المبانى تصحيح مخالفاتهم أو إلزائها، محدداً مقدار هذه الغرامة بقدر المدة التي امتد إليها الإخلال بواجباتهم التي فرضتها تلك القوانين (٣).

\* لا يجوز إسباغ الشرعية للمسئورية على نظم جنائية لا تتكافأ من خلالها وسائل الدفاع التي أتاحها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها (٤).

\* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، تعين أن يرجح للقاضي من بينها، ما يكون أكثر ضمناً الحرية الشخصية، في إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً (٥).

(١) الحكم السابق ص ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ٤٧ / ١٠ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" - القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق. "مستورية" - جلسة ١٥/٣/١٩٧٧ - قاعدة رقم ٨/٣٠ - ص ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق. "مستورية" - جلسة ٢٢/٢/١٩٧٧ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٤٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

\* لا يكون الجزاء مخالفاً للمستور، كلما ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو أوصاف الامتناع التي جرّمها المشرع، من خلال عقوبة قرنّها بإتيانها أو تركها (١).

\* يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للمستور، كلما اختل التعادل بصورة ظاهرة La disproportion manifeste بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها (٢).

\* لا يتعلق الجزاء الجنائي الواحد بغير الأفعال التي تتحد في خصائصها.

فإذا مزج المشرع بين أفعال غشبية التنافر في مضمونها ولئرها؛ وفترض بذلك تماثلها في مكوناتها، وتساويها فيما بينها؛ فجمعها على صعيد واحد، وكان ذات الدواء يصلحها ويرد عنها أسقامها؛ فإن إنزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتنافرة خصائصها، يكون مخالفاً للمستور (٣).

\* يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتنقذ هي بها، على ضوء مسئولياتها التي التزمها الدول الديمقراطية، واستقر العمل لديها على انتهاجها في مظاهر سلوكها. ويندرج تحتها، تصعيد الجزاء -جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً أو مالياً- بقدر خطورة الأفعال التي ارتبط بها (٤) In ascending order فلا يتسم الجزاء بالإفراط، ولا بالتفريط.

\* يتعين على الأخص في كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقصوتها الحدود التي توازنها بالأفعال التي ألهمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/٢/١٠٠ ص ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ ص ٨٦٨ - ٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٢/٢/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٢٣ من الجزء السابع؛ "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائي لا يجوز أن يكون متلاحقا، بما يقوض اطمئنان المتهم، ويجعله قلقا مضطربا، تهدده سلطة الاتهام ببأسها ونزواتها، تمد إليه بطشها حين تريد، كي تلحق به أشكالا من المعاناة يجهل معها مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها(١).

\* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تستند دولتها من نصوص الدستور.

إذ هي في حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التي كفلها، والتي ترقى بأهميتها إلى حد إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتى عند من يقولون بأن عقدا اجتماعيا قد انتظمها مع المقيمين فيها، وأنهم نزلوا لها بمقتضاء عن بعض حقوقهم، لتمارسها هي بما يحقق مصالحهم في مجموعها(٢).

\* يفترض تأثيث المشرع أو الدستور أفعالا بذواتها أو صورا من الامتناع يحددونها، أن تتحضر سلوكا -إيجابيا كان أم سلبيا- فلا تكمن في أعماق النفس، ولا تكون مغلفة بدخانها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إثباتها معبرا عن إرادة عصيان نصوص عقابية أمره زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما نقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية في مجال التجريم، ولا ما يصدر من هذه النصوص عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملا ماديا تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد لدائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تقدرها(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧٢٠ق "مستورية" جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ٢٢/١٨ - ٢٣ ص ٣٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -القاعدة رقم ٧/٤٧ - ٨ ص ٧١٤ - ٧١٥ من الجزء الثامن، ص ١٥٣ من الجزء السابع -القضية رقم ٨ لسنة ١٦١ق - "مستورية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ١٨/٨ - ٢٠.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ق "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٣١، ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

\* لا يجوز أن يكون مريان النصوص العقابية رجعيا، بل مباشرا لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها (١).

#### المطلب الرابع :

#### في الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلائق التي ينظمها القانون الجنائي في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هي التي يتصور إثباتها ونفيها؛ وهي التي يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تستخلص منها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التي تلائمها (٢)؛ وهي التي تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائي أو تخلفه من خلال نظرها في عناصرها، وتلقيبها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال لإرادة عقل واع لبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالي وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة سببية بين مادية الفعل الموثم، والنتائج التي أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية -وليس النوايا التي يضمورها الإنسان في أعماق ذاته- تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم للتعبير عنها خارجيا في صور مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة (٣).

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ -ص ٥٩ من الجزء السابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل في الجرائم، أنها تعكس تكويناً مركباً، باعتبار أن قوامها تزامناً بين بدئ متصل الإثم بعملها، وعقل وإع خالطها ليهيمن عليها محدداً خطأها، متوجهاً إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة (Mens Rea) مُكملاً لركنها المادى (Actus Reus)، ومتلائماً مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحدة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة، وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مؤلّ بها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التي تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلاً عن الانتقام والتأثر المحض من صاحبها.

وغداً أمراً ثابتاً -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قائماً على الاختيار للحر، ومن ثم مقصوداً.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة وقواً على ماهيتها، لازال أمراً عسواً، إلا أن معناها -وبوصفها ركناً مادياً في الجريمة- يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجائحة felonious intent أو النوايا الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التي يكون الخداع قوامها fraudulent intent أو التي تتمحور عن علم بالتكاثيم، مقترناً بقصد اقتحام حدوده guilty knowledge، لتكتمل جميعها على إرادة إتيان فعل بغياً<sup>(١)</sup>.

على أن هذا الأصل -وإن ظل محورياً للتجريم- إلا أن المشرع عمد لحيناً -من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي، باعتبار أنها لا تدل بذاتها على جنوح إلى الشر والعدوان، ولا يفتل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديداً لمجرأها، وحداً من مخاطرها، وأخرجها بذلك عن مشروعيتها -وهي الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها غلواً من خلال تظليلها، بل هيناً في الأعم.

وقد تصاعد هذا الاتجاه إثر الثورة الصناعية التي تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدواتها وآلاتها ومصادر الطاقة التي تحركها. ولقترن ذلك بتعدد وسائط النقل وتباين قوتها، ويتكبد

المدن وازدحام أحيائها، وبغلبة نواحي الإخلال بالصحة العامة وبوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازماً بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسؤولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيوداً كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكاً قويمًا يقتضيهما بئزل العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -وبغض النظر عن نواياهم- دالاً على تراخى يقظتهم، ومستوجبا عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطاً بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصراً فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالاً برضاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم *Public Welfare Offenses* وبإهمال من قارفها لنوع الرعاية التى تطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل ألقاه عليه باعتباره واجباً، وبمراعاة أن ما نواها المشرع من إشائها هو الحد من مخاطر بنواتها بتقليل فرص وقوعها، وإتمام القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لئلا يترتبها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، معلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها *foreseeability of resulting harm*

ذلك أن الخوض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد الفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه لو بذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقعاً عقلاً من أوساط الناس *Ordinary reasonable man*. فإذا لم يبذل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولاً عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كان مجاوزاً لتقديره.

١٥٧- ولازم ما تقدم، أن للجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم القانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضياً تكللاً إيجابياً مقترناً بالإرادة الواعية التى تعطى العمل دلالة الإجرامية. وبها يكون العلون فى الأعم واقعا على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حيائهم أو أدبيهم *public decency and morality* (١).



١٥٨- ويمثل القصد للجناي أكثر العناصر تعقيدا في المجال الجنائي، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أُلِّمَ مختارا على إتيان الفعل المؤثم قانوناً. وهي حالة أُدخل إلى العوامل الشخصية التي تدل على أن إتيان الجاني أفعالا بذواتها، كان بغرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التي تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجورها أعمال بذاتها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، مُحددا ضابطها بما كان ينبغي أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقدرة، نوع الجزاء عنها، ومقداره

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا -ربوحيه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكما أُرِداها الجنائي وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التي تكونها.

وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو لتتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها (١).

وما تقدم مؤده، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يعد -وفقا للقانون الجنائي- سلوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التي تقارنها، تتبين فيما بينها، سواء في نوع المخاطر التي تنصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما في تقديره، مع بيان عناصر الخطأ في كل جريمة غير عمدية قطعا لكل جنل حول ماهيتها، وحتى لا تحمل النصيبوص

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤/١٩ -١٦ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤاخذهم بما يجهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير مندرين، ولا أن تنهاهم عما ألبس عليهم، وإلا كان التجريم خداعاً أو ختالاً، يناقض النظم العقابية جميعها التي تأبى أن تتحدر آمية الإنسان إلى أننى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال..

وكما فرض النص المطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التى أئتمها، فإن وهن هذا الجزاء، بدل على تعلقه بأفعال لا يتعمدها مرتكبها، ليكون قوامها خطأ لتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطاراً.

### المطلب الخامس

#### فى رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل فى النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعياً إعمالاً لقاعدة كفلتها الموائيق الدولية، وردنتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التى تقضى بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذى ينص عليها<sup>(١)</sup>، ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالى فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تنطبق هذه القوانين بغير الأفعال التى ارتكبها جنتها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها La loi préalable.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن القانون الجنائى الأكثر رقفاً بالمتهم، يكلها ويصونها.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٧/٣٠ - ص ٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أئمتها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل تكيفها، أو بتغيير بديان بعض عناصرها، بما يحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل وطأة؛ وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>.

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا ويتكاملان:

أولاهما: أن مجال مريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجما كلما كان أشد وقعا على المتهم.

ثانيتهما: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤتمها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد في شأن المتهم، أكفل لحريته.

ذلك إن كل قانون جديد يحو عقوبة الأفعال التي أئمتها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد - وقد صار أكثر رفاقا بالمتهم، وأعون على صون الحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يس- محل القانون القديم، فلا يتزاحمان أو يتدخلان، بل يكون أحدهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالتالي - في مجال إعمال القوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رفاقا بالمتهم - تؤكد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة الدفاع عن مصالح الجماعة والتحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تتهانمان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدابير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التي ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قيد دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التي أئمتها التجريم عليها، وخرج من صلبها؛ لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها<sup>(٢)</sup>. فلا يكون إنفلا

(١) الحكم السابق - قاعدة رقم ٩/٣٠، ١٠ - ص ٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) الحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا تثبيتاً للنظام العام بما يحول دون انقراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكمل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التي اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويقتضى إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق اللذان نقارنهما ببعض لتجديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للدستور، ومتزامين على محل واحد، ومتوافقين في العقوبة المقررة بكل منهما، فلا نأخذ من صور الجزاء التي تعتمد على للمحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو أوصافها أو مبلغها *Le contenu, les modalités et le quantum des peines* أقل بأساً من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتي رددتها الأمم المتحدة، هي التي كفلها في فرنسا مجلسها الدستوري وذلك فيما قرره من:

أولاً: كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقل قسوة من تلك التي قررها القديم، تعين أن تعامل النصوص القانونية التي تنص على الحد من آثار تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضي، باعتبارها متضمنة إخلالاً جسيماً بالقاعدة التي صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ في شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتي لا يجوز للمشرع على ضوءها أن يقرر لأفعال التي يؤثمها، غير العقوبة التي تقتضيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح *Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبها جانيها في ظل القانون القديم، موداه أن ينطق القاضي بالعقوبات ذاتها التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها -في تقدير السلطة التشريعية التي أحدثتها- من ضرورة (١).

ثانياً: أن تأميم المشرع لأفعال بذواتها، لا ينفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع التي نقارنها.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جزاء ينشم بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية(١).

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية وإعمالاً منها لمبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها- إن تفصل في ملائمة العقوبة التي فرضها المشرع للأفعال التي أنشأها، باعتبارها شرطاً مبدئياً لتقرير دستوريته(٢). فإذا اختل التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور(٣).

رابعاً: أن النصوص الجنائية التي يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قررتها النصوص القديمة(٤).

خامساً: القول بعدم مريان القانون الأصلح على الجرائم التي تم ارتكابها في ظل القانون القديم، مؤداه تطبيق العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، والتي لم يعد لها من ضرورة فسي تقدير السلطة التشريعية ذاتها(٥).

“Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi penale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires”.

(1) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.

(2) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.

(3) C.C. 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أصدر حكماً في ٢٠ يناير ١٩٩٤ أثار نقداً كبيراً من الجدل لأنه قضى بأن عقوبة الثلاثين عاماً التي فرضها المشرع على قتل القصر الذين بلغوا خمسة عشر سنة والتي تقرن القتل بها أو كان مسبوقاً باغتصاب الضحية أو تعذيبه أو مباشرة أعمال بربرية عليه، لا تتسم بالمغالاة، ولا تتعارض ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأفعال.

C.C. 93 - 334 D.C., 20 Janvier 1994, R.p.27.

(4) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(5) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

### المبحث الثالث

#### الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص الدعوى الجنائية، ومن له الحق في رفعها ومباشرتها وقيود تحريكها (١) وتحقيقها، وأحوال انقضائها، والقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالنائب بالجرمة، والقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلا عن طرق الطعن في الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -وبالرغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر في المحصلة النهائية للفصومة الجنائية، وغايتها للفصل في الاتهام الجنائي بصورة منصفة في نطاق حد أدنى من الحقوق التي تكفلها للمتهم، والتي يوازن بها تلك التي تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن نعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خواصها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التي تكفلها، والتي يندرج تحتها افتراض براءة المتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل في الاتهام. وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### المطلب الأول

#### ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التي تعتبر أصلاً في الدعاوى جميعها، وبفض النظر عن موضوعها.

على أن الدستور -وبالنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التي نص عليها في المادة ٦٧، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

(١) من ذلك تعلق الحق في رفعها على شكوى أو إذن أو طلب.

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تغاير الوقائع التي تحكمها؛ والمراكز التي تواجهها؛ والأشخاص المخاطبين بها(١)؛ إلا أن هذه القواعد سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها- لا يجوز أن تزل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. وتتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر للمتهم في أقصر أجل تفصيلي- بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي تثبتها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضيح ما خفى من جوانبها.

ويتعين أن تنهى للمتهم كذلك -على ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان- كافة الوسائل الضرورية التي يتطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع أتعابه، وإلا حصل من الدولة بغير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب للشهود الذين تقدمهم النيابة وأن يولجهم، وأن يقابل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعلاً بالفقرة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل منهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة؛ وعلاقية؛ وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون.

وينطبق بالحكم علائقية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر تقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علائقية جلساتها -وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة- الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويندرج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة *Un delai raisonnable* ذلك أن العدالة المتأخرة تتناقض العدالة الناجزة؛ والعدالة الجامعة غير العدالة المتبصرة. وترايخها مساو لإكثارها *Justice*

(١) فالأحداث مثلاً لهم قواعد إجرائية تخصهم.

L'exigence de *celerite* غير التردد في إنفاذها. *delayed, justice denied* بما يخل بمصداقيتها وفعاليتها. والإسراع فى تحقيقها فى L'exigence de

وتتحدد المدة المعقولة التى يفصل خلالها فى الاتهام الجنائى على ضوء معيار مررن يعتد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها فى وقائعها وملامحها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وندرّة الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك سلوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم<sup>(١)</sup>، وبمراعاة أن تأخير الفصل فى الاتهام الجنائى، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تفترض. ذلك أن بقاء الجريمة بغير فصل فى ثبوتها أو انتفاءها، يجعل المتهم قلقاً مضطرباً، فلا يطمئن إلى مصيره. وإنما يظل ملاحقاً باتهام لا تبدو لادائرة ضرورة من نهائية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو وهن ذاكرتهم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمسها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره *Justice must not only be done, it must be seen to be done*.

وعلى الدولة بالتالى أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمثلون أمام محاكمها فصلاً منصفاً وعلنياً فى الاتهام الموجه إليهم، وكذلك فى حقوقهم والتزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها فى مجموعها.

١٦٢- وينبغي أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الاندفاع فى الفصل فى الاتهام الجنائى، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة مترخية.

ذلك أن الضرر واحد فى الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة يستطيل زمن تحقيقها، فلا يكون الحكم الصادر فى الخصومة الجنائية مستهدفاً لإحقاق الحق، بل

(١) من قبيل مسلك المتهم أن يبذل المحامين الذين يدافعون عنه، فى نطاق مناوراته التى يستهدف بها عدم الفصل فى الدعوى الجنائية. ويكون مسلك النيابة كذلك معيياً، إذا لم توضح للتهمة بصورة كافية، أو إذا تعدت إخفاء بعض أدلتها لتطول معاناة المتهم. ولا يكفي مجرد السلوك السيئ، بل يتعين حتى يكون المتهم أو النيابة مسئولة عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تصفياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous La direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux, Commentaire article par article, Economica. p.p. 267- 268.



متوالياً أو متعجلاً، بما يناقض الحرية المنظمة، ويعارض مفاهيم العدل التى ارتضىها الأمم المتحدة سلوكاً لها، حتى فى أفضح الجرائم وأسوأها وقعا، وأشدّها خطراً.

ثانياً: يتعين فى مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو إنصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضمائماتها فى مجموعها (١). L'ensemble du procès en cause بوصفها واقعة فى إطار الحقوق التى يملكها المتهم، ويوزن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع وتكافؤ الأسلحة، والحق فى المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هى التى عدتها، وإن لم تحصها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالى فصلها عن جنور المفاهيم التى تضمها إلى بعضها، والتى تعتبر المحاكمة المنصفة إطاراً لها (٢) L'exigence d'équité.

ثالثاً: أن علنية المحاكمة وإن كان يجوز حظرها فى الأحوال الاستثنائية التى حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية المشار إليها؛ إلا أن هذه العلنية L'exigence de publicité تكفل ألا تتم المحاكمة وراء جدران مغلقة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كافلاً تقتهم فى القضاء، ومراقبتهم فى تصرفاتهم.

وهى كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إنصافها، بما يصون للنظم الديمقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعاً: أن ضمان استقلال المحكمة التى تفصل فى الاتهام، يقتضى ردع السلطة التنفيذية عن كل أشكال التدخل فى شئونها. ولا كذلك حينتها التى تقتضى من جانبها موقفاً لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تتحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قرين التحكم. ويتعين فى كل جبال ألا تكون حينتها واستقلالها مظهرأ بلا مضمون (٣).

(١) أنظر فى ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء هذه المحكمة فى:

Affaire Borgers c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 b, & 25; Affaire Francesco Lombardo C. Italie, arrêt du 26 Nov. 1992, A no 249 - B. & 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها فى العناصر الواقعية والقانونية للنزاع حتى ينصم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أبوابها حق لكل شخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلا فى هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تقييدها دون مقتض، فإن صونها يقتضى أن تتولى سلطة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التى عينها للمشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإكناع بها، بما يزيل كل شبهة لها أساسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تتناقض افتراض البراءة التى لا ينحيا إلا حكم قضائى تطبق بجريمتها، وصار باتا فى شأن نسبتها إلى فاعلها، وفاصلا فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلبا فيها؛ وبما يحول دون افتراض المسؤولية الجنائية، ولو فى أحد عناصرها. وقد تنسم الجريمة التى تنسبها إلى المتهم بتدخل صور متعددة من النشاط فيها. فلا يتم الفصل فيها إنصافا إذا كان الدفاع غالبا عنها، أو كان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحيط بالدعوى الجنائية من كافة جوانبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها؛ وما يكون من الحلول والبدائل أكثر. احتمالا فى مجال كسبها، فضلا عن مساندتها بما يكون لازما من الأوراق التى توثقها.

كذلك فإن لكل منهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقا للدستور من سلطة الاتهام، ومن محكمة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عنها باطلاً.

ويندرج تحتها أن ينفى التهمة الموجهة إليه بكافة الوسائل القانونية، وأن يولج الشهود الذين تتهمهم سلطة الاتهام ويجرحهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدين بسببها؛ وألا يتورط فى دفاع خاطئ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -بوجه عام- مركزه معها. فلا يصوز حقوقاً -على الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التى تملكها. بل يتكافأ فى أسلحتهما، وإن لم يكن هذا التكافؤ واقعياً.

ذلك أن الموارد الهائلة التي تحوزها سلطة الاتهام، والتي تكبر من خلالها أذنتها وشهودها، والحماية القانونية التي توفرها لهم من مخاطر العدوان عليهم بعد الشهادة التي يقدمونها، يستحيل عملاً أن يتواتر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاحشاً للنزاع (١).

### المطلب الثاني

#### أصل البراءة

#### الفرض الأول

#### افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي

١٦٢- افتراض براءة الشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يدعو أن يكون استمحاباً للظلمة التي جبل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. وهو كذلك وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعدنا للنظم المدنية والسياسية جميعها.

وهذه البراءة -وباعتبارها جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system- لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جدياً؛ ولا نقضها سواء بإعفاء النيابة من التزامها بالتكليف على صحة تهملها، أو عن طريق نخفها للتأثير دون حق في مسار الدعوى الجنائية. ومن ثم كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(١) راجع في ضوابط المحكمة المصنفة وعدم جواز افتراض المسؤولية الجنائية، لحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجاستها المعقودة في ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤١ من الجزء الثامن وما بعدها؛ وفي القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١١/١٦- ١٩٩٦- قاعدة رقم ٩ ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩ ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ٥ يوليوس ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٢/٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ ص ٢١٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع؛ وفي القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ ص ٧٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهى أن كل إخلال بأصل البراءة يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error ونكولا عن المفاهيم المبدئية An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها (١).

ولأن أصل البراءة لا يترشح إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها بكل مكوناتها- كان نقيا متكاملًا؛ فإن هذا الأصل يظل قائماً في مرحلة ما قبل المحاكمة، وأثناء نظرها، وفيما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يسقطها إلا حكم قضائي صار مستعصياً على الجدل.

وكما أهدر المشرع -من خلال قرينة قانونية أحدثها- افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالاً بوسائل دفعها، وإهداراً لتوازن بين الحقوق التي يملكها لدحضها، وتلك التي تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها؛ وإخلالاً لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتتجها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها في شأن جريمة يدعى ارتكابها، ولا يتصور إسنادها لفاعليها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التي تتطلبها المشرع فيها (٢).

ذلك إن القرائن القانونية جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل بدونها أركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها (٣).

\* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينسبط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض براءته، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرناً من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte.

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥٤/٧٢ ص ١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨٠٧/٧٢- ص ١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن. انظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/١/٣- قاعدة رقم ٣/٧٢ ص ١٠٤٤ من الجزء الثامن.

### الفرع الثاني

#### تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفاتها، ولا حائلة دون التذليل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل منهم -ونزولاً على هذا الأصل- أن يعتصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة الدليل على اتهامها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً *Doute raisonnable* يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها (١).

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ليوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحايل؛ فقد صار مفهوماً أن يلزم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أطوار حياته -يفاقاً وكهلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى مصدر في موضوعها حكم قضائي يكون باناً. وصار مقراً، بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التذليل عليها ولو كان الاتهام متسانداً للدعائم (٢).

### الفرع الثالث

#### أحوال لا يجوز أن ينتفى فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" للقاعدة رقم ٣/٧٢ -جلسة ٣ أيلول ١٩٨٨- ص ١٠٤٥-

١٠٤٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يوليئ ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢/١٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٤/١٥ ص ٢٧١ - ٢٧٧ من الجزء السابع؛ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق "مستورية" -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤-٣/٨ ص ١٢٧- ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولاً: أن يقيد المشرع الحرية الشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال أُلهمها بعد تعيينها بصورة دقيقة (١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعهم من التعامل فيها متسانداً في ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عينها (٢). ذلك إن هذه الدلائل ليس لها قوة اليقين القضائي. وليس كافياً لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهامهم بإحدى الجرائم التي عينها المشرع، أو الحكم عليهم مظنوناً رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة يجمعهم مع كل شخص آخر، متهماً أو غير متهم، فلا يكون التمييز بينهم -أصل البراءة يحيط بهم- إلا منافياً حكم العقل Unreasonable، ظاهر التحكم Palpably arbitrary، ومخالفاً كذلك لحكم المادة ٤٠ من الدستور (٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جندياً أكثر من مرة في جنائية حددها المشرع أو اللذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بارتكابها.

(١) للقضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ١٢/١٢/١٩٩٤- قاعدة رقم ١٧ ص ١٦٩ من الجزء المملص.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للنايب العام إذا قلمت من التحقيق دلائل كافية على جنية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضماناً لتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات الاحتفظية.

وتنص فقرتها الثانية على أنه يجوز للنايب العام أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأموال زوج المتهم وأولاده المتصر ضماناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال المتهم.

وتنص فقرتها الثالثة على أنه يجب على النايب العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكيله. وقد قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٦٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و ١٣٧ من الجزء الثامن.

(٣) دستورية عليا - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٨/٥ - ص ١٢٨ من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التي يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلي أو منعهم من التردد على أماكن بذواتها أو تحديد إقامتهم في جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم في مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، يعيها إن مصائر الناس لا يجوز أن ترتبط بغير أفعالهم التي يسألون عن حسنها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جدياً ومتتالياً- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى مذنبين.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هي مناط التأييم. وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقيدتها بناء على ثبوتها أو انقضاءها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التي لا تبلور سلوكاً محدداً أثناء جان، ولا تخالطها إرادة واعية يُعبر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى التدابير الاستثنائية التي يفرضها المشرع في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنائية نص عليها، أن جرائمهم السابقة التي استوفوا القصاص عنها، تروّج لارتكابهم مستقبلًا جريمة جديدة غير معينة.

وهي بعد جريمة محتملة قلبها للمشرع إلى مفترضة قصد توقيها بالتدابير التي نص عليها، فلا يكون إتيان هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية لفترضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، وألصق بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين ترددهم في حمائها من جديد، ليوصل ماضيهم بحاضرهم، وحاضرهم بمستقبلهم، وكان للذين حكم عليهم من قبل فسي جنائية حددها المشرع، منصرفون دوماً إلى الجريمة يخونها عوجاً، فلا يرتدون عنها. وهو افتراض لا يجوز وفقاً

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بسدّ تحديدها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <حكم المحكمة الجزئية المختصة باتخاذ أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنائيات المنصوص عليها في هذا القانون: (١) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تحدّد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة فسي جهة معينة (٣) منع الإقامة في جهة معينة (٤) الإعادة إلى الوطن الأصلي (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة للتبكير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه للتبكير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس.

(٢) <مستورية علياً للقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية <مستورية> -جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦- قاعدة رقم ٤٨/١٦، ١٧، ١٨- ص ٧٤٦-٧٤٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

للدستور (١) خاصة بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة بدعى ارتكابها (٢).

#### الفرع الرابع

#### الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هي التي يقيمها المشرع مقدما ويعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً.

وهي في حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثانيتهما مفضية إلى أُولاهما.

وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التي افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبدلها للدستور بغيرها. وإنما يقوم افتراض البراءة على أصل يلزم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تطهره من كل خطيئة - وهو أصل يصاحبه حتى مماته، فلا ينفك ما يرح حيا (٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط القرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تحدثها إلى غيرها، صار أمر دستوريته محمداً على ضوء مساسها بالحرية الشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتالي أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تتفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها

(١) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق ص ٧٤٦ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) "دستورية طياً" - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٧/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥/١٥

٢٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها في مجال تحقيق الدعوى الجنائية التمس اختصاصها الدستور بالفصل فيها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي

١٦٨- لا يجوز الفصل في اتهام جنائي بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لكل متهم، والتي يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهريّة ترد عن المتهم كل اتهام لا يقوم على ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام -ولو كان جدياً- من أصل البراءة. ولا يهدم كذلك بناء على جريمة لم يقدّم الدليل عليها، أي كان قدر خطورتها أو سوء تقبل الناس لها، أو منافاتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قلّقا إلى أن يفصل فيه بحكم قضائي يصير باتاً<sup>(٢)</sup>.

ولأن أصل البراءة مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بخير دليل، وألا يفترض المشرع أحد أركانها؛ وكان يفترض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلاً، كنهها للمتهم بنص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازماً ألا تتدخل السلطة التشريعية الاختصاص المقرر للسلطة القضائية في مجال التحقيق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك توافر القصد الجنائي في كل جريمة عمدية تقتضى علماً من الجاني بعناصرها، وتقديره لمخاطرها على ضوء الشروط التي أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هي التي قصد إلى إحداثها<sup>(٣)</sup>.

وصار بدهياً ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها في حقّه قرينة قانونية تحكيمية؛ ولا أن ينفي تهمة لم تثبتها سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها تبين أن يوفر له القاضي ضمانات الدفاع التي تعتبر مقترضاً أولاً لصون حقوق الأفراد وحرّياتهم في إطار من سيادة القانون<sup>(٤)</sup>. وذلك سواء كان من يبادره أصيلاً أو

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٩-ص ٧٦٧ و ٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٩-ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩-ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، وسواء كان المتهمون مومنين أو معوزين على ما نقضى به المادتان ٦٨ و ٦٩ من الدستور لئى تنقل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيتهم الطبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصفون بها لحقوقهم ولتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها انتهاكاً تتهدد به حريتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً على وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالاً.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الادعى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحدر بمطالباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يملئها التبصر، وتفرضها العناية الواجبة، حتى تظل ضمانات الدفاع ولقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية للمنظمة، التى يتعين التسليم بها تطبيقاً لجوهر الحقوق التى تنترج عنها، على أهدابها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا ينزع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبها.

وتبدو ضمانات الدفاع هذه أكثر أهمية كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمنحها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصوراً على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بضغوطها، وألا تنويهم بما يقرهم منها أو ترهبهم ببأسها بما يدينهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعماقهم وتسلبها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضرراً (١).

وإذ كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، فذلك لضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص -سواء كان متهماً أو مشتبهاً فيه- المعاونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٧٢/٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦ و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها المطلقة على حريته الشخصية، والتي لا يجوز معها للفصل بين الشخص ومحاميه بما يسهل إلى مركزه سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله<sup>(١)</sup>.

وقد وازن الدستور -بنص للمادة ٦٧- بين حق الفرد في الحرية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدر أن المتهم بجناية كثيرا ما يكون مضطربا، فإذا أُدين بارتكابها بعد أن أُساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية التي تؤيده، كان ذلك منهيًا -أحيانا- لآماله المشروعة في الحياة، وحائلا دون اختراطة في الجماعة التي يعايشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه في حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم في جناية، الحق في أن يعان على توفيق شروطها عن طريق محام يوجه دفاعه الوجهة التي تكفل حقوقه القانونية، والتي يستطيع من خلالها أن يقارع النيابة العامة حججها، وأن يمحضها بما ينبغيها<sup>(٢)</sup>.

وغدا أصلا مقررًا أنه إذا كان حق الدفاع في إطار النظام الاختصاصي للدلالة الجنائية، يعنى حق المتهم في سماع أقواله، فإن ضمانته الدفاع تغزو مبرابا بغير لشمئها على الحق في الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحا لرجال القانون، كثيرا ما يكون منبهما على آحاد الناس أيضا كان حفظهم من الثقافة، خاصة لزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التي تتدخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التي يجوز قبولها قلونا وقدر الترابط والتضام بين الوقائع التي يستهضها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التي يقوض بها الاتهام، فلا بد أن بناء على سوء حججه ولا على ضوء أدلة قمتها للنيابة وكان يتعين قمعها. Suppression of evidence بالانظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهافة حتى مع جواز تقديمها قانوناً.

وليس أدل على أهمية ضمانته الدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المقصودة منها، يسقط في الأمم الضمانة التي كفلها الدستور لكل شخص في مجال الانتحاء إلى

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧- ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

قاضيها الطبيعي، ويعرض حقه في الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها موية على قضيها (١).

ولا يجوز بالتالي للفصل في الاتهام الجنائي بعيداً عن قيم الحق والعدل الغائرة جنورها في تلك القواعد المبدئية التي ارتضتها الأمم للمتحصرة سلوكاً حتى في أسوأ الجرائم وقعا على الضمير العام، وأعظمها انحرفاً *The most heinous crimes*.

وهو ما يعني أن الحرية الشخصية لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة؛ وأن الموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهمها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان حق المتهم في أن يكون مدركاً للتهمة الموجهة إليه، وأياً بأبعاده متفهما عناصرها، بصيراً بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التي يملكها، وأن يمان على مواجهتها ودحضها بحام لا ينزلق بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من بدائل الدفاع غير أسوأها لمركز المتهم. بل يولي دعواه نظراً متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها مترخياً، بل مثابراً على متابعة كل ما يطرح في الدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية في مركز المتهم بالنسبة إلى الاتهام، خاصة كلما كان الحكم بإدائته أكثر احتمالاً؛ أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطيرة في آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه أنفذ بصرأ وأعرض جهداً، حتى لا يدان المتهم لغير جريمة، أو على ضوء قرآن تفقر إلى رباط منطقي يجمعها، فلا تتضام مع بعضها، بل تتفرق عناصرها (٢).

(١) للحكم السابق ص ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٥ - ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن احترام حقوق الدفاع *Le respect des droits de la defence* من المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية ١٩ [C.C. 80 - 127. D.C., 20 Janvier 1981, R.p.15] كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تفيد ضمناً وعلى الأخص في المجال الجنائي - وجود إجراءات منضبطة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties [ C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989, R.71.]

ويلاحظ أن هذه الصياغة لمضمون حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، ومن قضاء محكمة ستراسبورج التي تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يعني أن المجلس الدستوري الفرنسي

أدخل في المفاهيم الفرنسية، المفاهيم الإنجلي سكسونية الخاصة بشرط الوسائل القانونية السلمية *The Due process* of law.

ومحكمة الموضوع وحدها هي التي تجيل بصرها في الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلائلها، على أن يكون فهمها لها مستقيماً، ونظرها فيها دالاً على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقياً إلى قوة اليقين للقضائي التي تبلغ مستوياتها في الإقناع حدّاً تزول به كل شبهة لها أساسها في شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التي قام الاتهام عليها. وليس لجهة أيا كان وزنها أن تفرض عليها فهمها لدليل بعينه؛ ولا أن تعفيها من النظر في أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفترض ثبوتها بقانونية قانونية تصوغها بطريقة تحكيمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

#### ١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التي يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام في كل أجزائها (١)، ودون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه (٢).

ثانياً: إن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالنظر وفي الحدود التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيّمها إلا دليل يمتد لكل أركانها ويثبتها (٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن مسائل تحقيقها لا يجوز أن يخاطمها التحكيم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء Le principe d'égalité devant la justice، ومؤداه أن تكون للحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها والدفاع عنها وتقتضاتها (٤)، وأن يكون لكل من المتهم

(١) ص ٧٥٣-٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) أنظر في ذلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

[C.C. 86 - 214 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٤٩- ص ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٥- ص ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

وسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التى يتكافأ بها مركزيهما فى مجال دحض التهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن فى الجريمة يعتبر لازماً لوقوعها فى الصورة التى أفرغها المشرع فيها (١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافذة لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منهية لضرورة أن يكون الدليل على الإخلال بها نقياً كاملاً. بل يكون لكل منهم -وارتكاناً إلى أصل البراءة- أن يظل صامتاً ابتداءً حتى يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً يحيط بالنهمة من جهة ثبوتها (٢).

---

(١) "ستورية عليا" - القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "ستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٢ - ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء الثامن.

(٢) ص ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "ستورية" - جلسة ٣ يونيو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "ستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "ستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

### المبحث الرابع

#### الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

#### المطلب الأول

#### الضريبة أهم روافد القانون المالي

١٧٠- تعتبر الضريبة أحد عناصر القانون المالي، وأهميتها في تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التي تحميها مالية في طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غايتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحولة التلخص منها، وذلك تأمينا لانتظام ونقطة جبايتها والتقليل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنيانها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن نعين القول بأن السلطة التشريعية هي التي تقيض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمنًا تحديد وعائها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقلمها، والطعون التي يجوز أن تتلوهها، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون<sup>(١)</sup>.

وهذه العناصر جميعها هي التي تشملها النظم الضريبية في مصر، لتحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، وبمراعاة أن قانون الضريبة، وإن توخى أصلاً حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفاً مقصوداً لابتداء من فرضها؛ إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً مقيداً لقانون الضريبة ليكون نائفاً لتحقيقها، كافلاً اعتدالها من خلال حينها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجباية بينهما وفلانتها؛ ولا عقاباً من خلال جزاء يباعد بينها وبين الأغراض المالية المقصودة أصلاً منها؛ ولا غلواً مجاوزاً الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا انحرفاً عن حقيقة أهدافها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٨ - ص ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس للترماً تعاقبياً ناشئاً عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمها مما يملكه ولي الأمر ويجد دليله الشرعى فى رعاية مصلحة الجماعة التى يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أنابوها عنهم فى القبول بها، وأن علاقتهم فى مجالها هى علاقة تعاقدية أو شبه تعاقدية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم فى إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتى لا يجوز لها للنزول عنها. وتأتى الضريبة العامة فى موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما يظوى عليه فرضها من تحميل المكلفون بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، وإضرورة تقتضيها. ولو كان حق الدولة فى استثناء الضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقدية أو عن غيرها من الروابط المشبهة بها، لكان لها حق التخلّص عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما يناقض حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها، ولا أن يقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامه على ما تقتضى به المادة ١١٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما ألقى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجهها، كان هذا الإلغاء موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

#### طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية على المخالفين لها؛ ولا هى تعدل من الآثار التى رتبها العقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقيق من خلالها تناسبا بين التكلفة الكلية لنفقتها، وبين ما ينبغى أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالى أن يتحملوا جانباً من أعبائها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٢ قضائية \* دستورية \* - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٨ - ص ٨٢ و ٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية \* دستورية \* جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.



كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتها، مؤداه أن تصير عدماً.

### المطلب الثالث

#### قانون الضريبة

١٧٢- نفترض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنياتها، بما في ذلك الأموال المحصلة بعينها؛ ووسائل اقتضاها من المكلفين بها؛ وحقيقة الأغراض التي توختها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التي تنظمها -في مجال الفصل في دستوريته- بضمانها للعدالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فإن الأغراض المتوخاة من الضريبة، قد تسوؤها أو تبطلها.

ولا نزاع في أهمية الضريبة لتنمية موارد الدولة، وضرورتها بالتالي لمجابهة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التي تتوخى ضمان تحصيلها، وتحول دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكليفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفق القواعد التي يقرها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في إلقاء بها أو للكونول عنها. وإنما يؤدونها إليها جبراً ويسمونها بها -حملاً- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العام، ولا تتكفأ بشأنها مصالح أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوماً ألا تكون الضريبة مغفلة في ضوابطها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقاباً من خلال وطنها، أو عن طريق تكمير وعائها، أو بفرضها على رموس الأموال بما يؤول إلى تآكلها<sup>(١)</sup>.

ويظل التزاماً دستورياً أن تفرض الضريبة بقدر، وفي حدود لا تصادر فرص رأس المال في النمو، وبشرط ألا تترق بأعبائها المكلفين بها، فتصددهم عن مباشرة نشاطهم المشروع، أو

(١) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال استمرار فرضها وضخامة عينها، إلى تآكل رأس المال

تبهط هذا النشاط بقيود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين للضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها؛ وعدالتها من منظور لجماعى يقابل بين عبئها وقدره الملتزمين أصلاً بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توافق أهدافها القيم التي يجتصنها الدستور، والتي يندرج تحتها حظر التمييز غير المبرر فى مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حريتهم الاقتصادية في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل فى فرص العمل والإدخار والنتائج القومية، وفى ضمان معدل معقول للتنمية، وفى عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة ليا كان مصدر تكاليفها.

وليس للمسلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقيق أهدافاً لا يأتى الدستور بها، كإعفاءها للقطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص فى مجال للنشاط يتحدد فيه، بما يخل بتنافسهما من خلال الميزة التفضيلية التي تمنحها للقطاع العام وتجعلها عن القطاع الخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزنة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة ابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلاً. ولكنها تعمل إلى جانبها؛ وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنهاكته أو إرهاق مباشرته<sup>(١)</sup>.

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإنفاق للباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقيمونها في الفنادق تباهيا بثرواتهم، وتفاخرا بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتنظر للضريبة خصائصها التي يفرضها الدستور، ولو خالطتها آثار جانبية تباور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

(١) Sonzinsky v. United states, 300 U.S. 506 (1937).

فلو فرض المشرع ضريبة تبلغ ٩٥% من دخل الفاسقات عن دعتين المرخص بها، لكان ذلك ملهيا لنشاطهن، وكذلك نشاط المحال التي تأويهن، وقوادخين الذين يوفرون للحملة لهم.

والتي تتمثل في اقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا غرضا جانبيا ليس مقصودا أصلا بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -سواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو باغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهي دائرة يحدد الدستور تخومها سواء في مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد معدلها، أو نطاق الأشخاص المخاطبين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التي تتصل ببنيتها و شروط اقتضاها.

### الفروع الأولى

#### التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مايز الدستور -على ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة؛ وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقبض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملتزمين أصلا بأدائها، والمسؤولين عن توريدها. وهي تحدد كذلك مبلغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقادها والطمون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تتفق في خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ١١٩/٣ من الدستور<sup>(١)</sup>؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

(١) تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٩ من الدستور على ما يأتي:

إنشاء القوانين العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون ولا يفي أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

ونقضي فقرتها الثالثة بالآتي: "لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود

للقانون".

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر المستور أمميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها في العلاقات القانونية على أخلاقها، وعلى الأخص ما تطلق منها بمعدل التنمية وضمان وسائل تحقيقها، وتنفق فرص الاستثمار أو نقلها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فوئص جديدة للعمل أو الحد منها؛ ولطمئنان رأس المال الخاص لمعقولة الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إرهابها لوجوده، أو إنهاؤها لدوره؛ ونقل الأموال التي يصبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها؛ ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومراقبتها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها؛ واتصال التجارة بأسبابها أو انقطاع جريانها؛ وضمور قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وبراء الأسواق وانفتاحها بأقل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي يبينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دورا في تنظيمها قد يكون ثانويا في أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض المصادر لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنين للضريبة المحلية خطيرا إذا فوضها للقانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلا منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شؤونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة أهدح عبئا من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيا كان مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها، عبئا ماليا على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

### الفرع الثاني

#### خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العامة أو بالضريبة المحلية، فإن هذا دستورياً هاماً يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المواطنين في التحمل بعينها متوازناً ومنصفاً. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز قدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحض عن مصادرة الأموال محلها، أو يقيم تمييزاً غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد - عملاً بنص المادة ٣٨ من الدستور - هو قيد العدالة الاجتماعية كأساس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعلاها أو بمعدلها؛ أو بضوابط أدائها؛ أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة؛ أو انفقارها إلى الضوابط الكافية لتحديد هـأ؛ أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال محلها والملتزمين بأدائها؛ أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافعاً لتحفيها؛ من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تحكم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجباً وطنياً، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعا في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة - كإفراغ الضريبة العامة في قانون - أم بضوابطها الموضوعية التي تنصدها العدالة الاجتماعية التي ينافيها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خلال تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مدها أنخل إلى المصادرة، سواء تعلق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة<sup>(١)</sup>.

(١) تعتبر الضريبة على التراكات في الدول التي تفرضها - راجع من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها - ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تتعلق بملكية الأموال، بل بواقعة انتقالها من المورث إلى ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنيانها، وبما توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تستعين بها على مواجهة نفقاتها، خاصة ما تطلق منها بليفاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء العام لمواطنيها.

فإذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تفضيلاً لفريق منهم على آخر إرهاباً لنشاط بعضهم المشروع دون مسوغ، فإنها تكون مخالفة للدستور. وتظل الضريبة مصدراً للإيراد A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حققها من خلال معدلها<sup>(١)</sup> The rate structure.

### الفرع الثالث

#### حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكيفها

١٧٨- والضريبة في صحيح تكيفها -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهاماً من جهتهم في تكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكاليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يُستحق مقابل نشاط خاص لئلا الشخص العام -وعوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدورها<sup>(٢)</sup>.

وهذه الضريبة هي التي لا يتعلق سريانها بجزء من إقليم الدولة. ذلك أن نطاق تطبيقها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتبادل الممولون جغرافياً في مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيما يعيها، فلا يكون مبلغها واحداً لجميعهم ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية

(١) Mc Gray v. United States 195 U.S. 27 (1904).

فلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضافياً للدولة، وكان لها كذلك -من خلال سعرها الأعلى- أثر على نشاط قائم بما يرقى مباشرته، فإن الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجانبى، تظل مصدراً للإيراد.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٣-٤١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ينحصر نطاق سريانها ويتحدد المخاطبون بها في دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفي نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطبون بها في مجال الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الرابع

#### للضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التي يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصوداً من الضريبة أصلاً وابتداءً Primary Motive ويتمثل في حصول الدولة على غلتها لتصبها في الخزنة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidental Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها أصلاً- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلي عن نشاطهم المؤتم جنائياً كالتهجارة في المواد المخدرة؛ أو إرهاب مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الامتلاكية أو للترفيه أو منافاته للقيم الخلقية، كفرض ضريبة باهظة على الأفراح التي تقام في الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التي لا يطلبها غير الأثرياء كالكاغيار؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حصيلة الضريبة هي الاعتبار الأهم في مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة واقعة في الحالتين في نطاق وظيفتها التنظيمية. ولا تناقض بالتالي شرعيتها الدستورية.

وينبغي أن يقابل حق للدولة في اقتضاء الضريبة لتتمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفقاً لأمس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحفيها، كغلاً حينتها واعتلالها<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٣/٤- ص ٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٢٦ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣- ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ٢٢- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كذلك التي تتعلق بتأمين الصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التي يقيمها حولها بما يكفل تشجيعها ونرويجها. وقد يجرم المشرع -ولحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها<sup>(١)</sup>.

### الفرد الخامس

#### الضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار فى بلد معين، بالقواعد التي يحيط بها حوافزه ومزاياه وضمناناتها، وقدر الأرباح التي يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكما كان من شأن القواعد التي فرضها المشرع على رءوس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلاً دون تدفقها أو تراكمها، خاصة وأن المزايا التفضيلية التي وفرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هي التي جذبتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها؛ ولا أن يقابلها بأعباء يوازنها بها، خاصة كلما قام الدليل على جريان قوانين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التي هي عليها<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن المزايا التفضيلية التي كفلها المشرع لرءوس الأموال العربية والأجنبية، غايتها استثارة اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار فى مصر لضمان تدفقها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط فإن رءوس الأموال تلك لن تبقى فى مصر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٨/١٧ - ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ونظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٢٣/٢/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.



تقويض التناقص المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأ في فرص تسويق منتجاتهما. بل يحظى المشروع العام بفرص أكبر ويمزج أعمق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب متراجعا أو خاسراً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الأصل ألا تخرج الأعمال المباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المخاطبين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلاً، يحلها إلى نشاط محظور بالمخالفة للنسور.

ولا يجوز بالتالي فرض ضريبة تنعيا إرهاب نشاط معين بغير مبرر، ولا مصادرة حرية الفرد في اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تقتضى إرادة الاختيار، والتي تندرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السادس

##### الملزمون بالضريبة والممولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوفر بالنسبة إليه الواقعة التي أنشأها، والتي يتمثل عنصرها في المال المتخذ وعاء لها -وهو العنصر الموضوعي في الضريبة- ثم في وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين -وهو العنصر الشخصي في الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مظهرًا للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص ممسولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاء بها تابعاً للالتزام الأصلي بأدائها، ليبقى بوجوده ويزول بانقضاءه. وشرط ذلك أن تتوفر علاقة عضوية بين الممسول عن

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية -جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٦٥- ص ٥٤٩- ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩/٩/١٩٩٦- قاعدة رقم ٤- ص ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى أن ينتحل المشرع صلة يتوهمها، بين المسؤولين عن الضريبة، والمال المحمل بعينها، ولو كان إحداثه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة فى موعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التى أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السابع

#### أدلوها

١٨٣- للضريبة التى يكون أدلوها واجبا وفقا للقانون - وعلى ما تقضى به المادة ٦١ من الدستور - هى التى تتوافر لها قواها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر بمضمونها فرضها على المخاطبين بها، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشرائط التى يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة. فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها فى الجريدة الرسمية، أو أدخل بموجباتها، كأن فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم - بغير حق - بعينها، بما يترك سلباً عليهم بقدر مبلغها، وبإل من الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة<sup>(٣)</sup>. كان اقتضاؤها مخالفاً للدستور.

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ١٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٩٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر مناط استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أعفى بعضهم من عبئها دون مسوغ<sup>(١)</sup>.

ويعتبر أصل الحق في الضريبة المتمتزع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحا على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لنقول كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

فإذا بان لها أن الضريبة تقتدر إلى قولها الشككية، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تنقذها للعدالة الاجتماعية، فإن أداءها لا يكون واجباً وفقاً للدستور.

### الفرع الثامن

#### رجعيتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية، ولا هي تمثل من الآثار التي ترقبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التي تحقق من خلالها قدراً من التوازن بين أعبائها المالية التي تملؤها التكلفة لكافة لخدماتها من جهة، وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم في هذه التكلفة بقرطقتهم. غير إيفاء لنصبيهم فيها.

وإذا كان المواطنون معاملة على قدم المساواة في مجال أداء الضريبة المكلفين بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا في الأحوال التي بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها؛ فإن رجعية الضريبة لا تنكس في ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قرره المادة ١٨٧ من الدستور التي تجيز الرجعية في غير المواد الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

على أن رجعية الضريبة وإن اقتضتها أحياناً وبالرغم من خطورة الآثار التي تحدثها في محيط العلائق القانونية-مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وبقصد توزيع أعبائها من جديد بما يكفل الموازين الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعية الضريبة

(١) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - قاعدة رقم ١٩ - ص ١٦٢ - ١٦٣ من

يناهضها أن يكون قانون الضريبة منعطفاً بأثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتبل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تحذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أطرافها؛ وإنما باغتتهم بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهم منافياً لعدالتها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وإذ تنقيد السلطة التنفيذية دوماً فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها للرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها -فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يدخل السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيته دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يدخلها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص<sup>(٢)</sup>.

### الفرع التاسع

#### مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة -سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- بنیان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، ومبلغها، والمكلفون أصلاً بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها يفترض نشرها لضمأن علانيته ونوع أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، وامتناع القول بجعلهم بها؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها -سواء من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠ من الجزء التاسع.

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ٩٥ قضائية دستورية - جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١١٩٩-١٢٠٠ من الجزء الثامن من مجموعه أحكام المحكمة

الدمستور؛ فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها؛ ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها وفقاً للدمستور.

ذلك أن تطبيقها في شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلمهم، مؤداة مدامتهم بضريبة تقتقو إلى قولها الشككية، فلا يلتزم هذا للتطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تقتقد الضريبة صفتها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود<sup>(١)</sup>.

### الفرع المائس

#### التفويض في فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدمستور بين الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا تعطيلها ولا إلغاؤها (إلا بقانون<sup>(٢)</sup>) من جهة؛ وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التي يجوز فرضها في حدود القانون من جهة أخرى.

وغير للضريبة العامة من الفرائض المالية، هي التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، التي يتعين تكييفها بوصفها نص خاص في مجال تطبيقها، يخول السلطة التشريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى في فرضها، ودون أن يتقيد المفوض في ممارسته للسلطة التي فرض فيها بغير الشروط والأوضاع التي حدها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتقيد التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدمستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن للتفويض المخول للسلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدمستور، التي تخول المشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحدد

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دمستورية" -جلسة ١٩٩٨/١/٣- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) لا تعتبر ضريبة عامة، الضريبة التي يفرضها المشرع في نطاق الدائرة الجغرافية للمنطقة الحرة ببورسعيد، بل تعتبر من قبيل الأعباء المطبقة التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدمستور، والتي يكفي لفرضها أن يكون في حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلالهما نص خاص أورده الدستور متضمناً تقييد العام، فلا يكون دائراً في إطاره<sup>(١)</sup>.

### الفرع الحادى عشر

#### أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة لمران لا ينقصان عنها، بل تتحدد دستوريتهما على ضوءهما معا: أولهما: أن الأموال التى تجبها للدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها والعمل على تطويره. ويقتضيهما القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -من خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

فإذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها فى نطاق ولايتها التى حددها الدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تعديل بنائها، من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجنور التاريخية التى تربط بين الطبيعة التمثيلية للمجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -أيا كان نوعها- على مواطنيها No taxation without representation.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقرر بنفسها الضوابط التى تهيم بها على كيفية إنفاق الأموال التى جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التى تصبها فى خزائنها العامة، لتفقد كل منها ذاتيتها -اندماجها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهراً واحداً لإيراداتها الكلية Consolidated Funds.

(١) النص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص تقيده فى مجال الضريبة، الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أنظر فى ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨٩٩١/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد في جملتها، وربطها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التي لا يجتنب معها الاقتصاد نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها، ويوجه خاص في نطاق العمالة، وضمان استقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتنمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التي فرضتها عليها السلطة التشريعية في مجال الإنفاق العام. فلا تقتضيها أو تعدلها بإرلاقتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها أن تنفق أموالا غير مدرجة في الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -يرفض النظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من أثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً. بل هي كذلك أصلاً وابتداءً.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية- سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا ينفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التي تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد في جملتها، بمصارفها تفصيلاً، وإحكام الرقابة عليها، شرطاً جوهرياً والتزاماً دستورياً يكفل ضبط مالية الدولة، وإتقان مواردها في الأغراض التي رصنتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل (إلا قيوداً على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، بقارنها ولا يفارقها؛ وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إنفاق المال العام.

ولا يحى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التي تراها، لتعنيها بها على النهوض بمسئوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التي ترقم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها، وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم، أولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعنيهم حيواً. ...

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها- وإنما من

خلال رصد ما يكتبها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التي نص عليها الدستور، وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوءها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني عشر

#### للضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص القرآنية التي لا يجوز تعديلها أو العدول عنها. وذلك خلافاً للضريبة التي يجوز النظر في قانونها، وتغيير بنائها، بل وإلغاؤها. فضلاً عن أن الزكاة من الأركان التي لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما نتوخاه الزكاة هو أن تقدم العون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبة التي تترك في مصدرها المباشر إلى القوانين الوضعية، والتي لا تفرضها الدولة أصلاً إلا بقصد تنمية مواردها التي تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجوه، فإن تحملهما معاً لا يناقض الدستور<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث عشر

#### ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صيغ بذاتها من الأموال دون غيرها. ولكنها تسعها جميعها دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على رعين أموال المكلفين لها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بما يخرجها بتامها.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٠ - ٦٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٠ - ص ١١٤١ - ١١٤٤ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.



أو في كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهماً منطقياً من المستثمرين بأدائها في تحمل نصيبهم العادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رهوس الأموال ذاتها، مؤداة تأكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض. ويتعين بالتالي أن يكون الدخل -ولياً كان مصدره- قاعدة للضريبة بالنظر إلى الصلة المنطقية بين الدخل والمقدرة التكاليفية للممول. فلا يكون الدخل (إلا مصدراً طبيعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعادتها، وأصلاً في وعائها<sup>(١)</sup>).

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على ما يؤول إلى الورثة من الحقوق المالية التي خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأنصبتهم المقررة في الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى لقطع أجزاء من أنصبتهم هذه التي فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التي لا يجوز لأحد أن يقرها وإلا كان باغياً. ولا يجوز بالتالي أن تقاسمهم الدولة -من خلال ضريبة الأولوة التي فرضتها على أنصبتهم تلك- في حقوق اختصاصهم الشرع بها، وقصرها عليهم<sup>(٢)</sup>.

وتبطل الضريبة التي يفرضها المشرع على رهوس الأموال، كلما كان سريانها في شأنها منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطل زمن تطبيقها، وأطلقت أغراض الجباية بتوجيهها إليهم. كان يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها<sup>(٣)</sup>.

(١) الحكم السابق ص ١٠٨ و ١٠٩ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٨/١٢/٥- قاعدة رقم ١٣ - ص ١٠٢ - ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة على ربح الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناء، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا يبال من وعائها، سواء في كل أجزائه، أو معظم جرائبه<sup>(١)</sup>.

### الفرع الرابع عشر

#### العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لأن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد على النظم الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عبئاً مالياً على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمته المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

ويتعين بالتالي -وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكون المعدل من منظور اجتماعي، مهيمناً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً الشروط الموضوعية لاقتضاها؛ تائياً عن التمييز بينها دون مسوغ.

لذلك وحدة ضمان خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها<sup>(٢)</sup>.

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن ظل واضحاً أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلاً إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخياً التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التي لا تتفصل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية دستورية جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض الفضاء. وقررت المحكمة في مدونات حكمها، أن كل ضريبة يفرضها المشرع على رأس مال لا يغل دخلاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة تحكمية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة، ينطوي على عنوان على الملكية الخاصة ويناقض مفهوم العدالة الاجتماعية بالمخالفة لنص المادتين ٣٤ و ٣٨ من الدستور.

(٢) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ - ٣٨٥ من الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبديل فيها؛ ولا ثابتا باطراد؛ بل مرناً، ومتغيراً وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يحذر أن يكون نهجا متواصلًا، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازناً بالقسط تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافاً لجموعهم؛ وإلا صار القانون منها للتوافق في مجال تنفيذه، وغدا إلغائه لازماً<sup>(١)</sup>.

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط لقضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قولها تكليفاً مالياً آخر. إذ تنبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي تتحقق من خلالها الضوابط الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكفل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجبائية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد لتوقعها، ولو أدرجتها بالفعل في ميزانيتها<sup>(٢)</sup>.

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو لغيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرائض مالية تكميلية يكون طلبها منهم مصادماً لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريها عن القيمة الحقيقية للعقار بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسم إضافية يباغتهم بها الجهة القائمة على

(١) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تفرض عليه ضريبة يكون إنصافاً ذاتياً لتحفيها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوازن سلطة الدولة في تحصيلها لتنطية أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفاً لديهم، ولا ماثلاً في أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداومة التي لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها<sup>(١)</sup>.

### الفصل الخامس عشر

#### دستوريتها

١٩١- يفترض في الضريبة، وكذلك في أوجه إنفاق حصيلتها توخيها لفرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للدستور في الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مؤدياً إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد تدينهم في تحقيق جنائي<sup>(٢)</sup> إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.
٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تتحاز للدولة لها، إضراراً بعقيدة تتأولها تحاملاً عليها، ذلك أن حرية العقيدة تفيد انعدام التفصيل بين العقائد؛ وتساويها في المعاملة القانونية؛ ولمتاع تقديم إحداها على غيرها، وحمليتها جميعاً في إطار شروط متساوية.
٣. إذا كانت الضريبة جزءاً لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفته للدستور، إذ تعتبر الضريبة في هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بسقوطه.
٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرض الاستثمار والاختار. تزيد من فرص التضخم ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعمق والأعمق، ولا تهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزاً للحدود التي يكون بها أدلوها واجبا وفق القانون. ذلك أن

(١) انظر في ذلك نص البند (جـ) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه السابقة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل قانون رسوم التوثيق والشهر. انظر في بطلان التفسير التكميلي لقيمة العقار، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ ص ٣٨٣-٣٨٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) فالضريبة التي تفرض على الأرباح التي يحققها التجار في المواد المخدرة، تقتضي من المكلفين بها الإقرار بنشاطهم في مجال التعامل فيها، وقد أرباحهم منها، بما يدينهم بجريمة الاتجار فيها.

العمل، والحق في التنمية، من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرائض مالية تصادم توقعهم المشروع. كفرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال محلها -بصفة نهائية- إلى آخرين لتتخذ الضريبة -في هذه الصورة- شكل المداخلة التي تنقض على الممولين ونياغتهم<sup>(٢)</sup>.

٦. أن تتمحض الضريبة جزاء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفال في المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يؤديوا إلى الدولة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزاء متصلاً بشروط العمل، وواقعاً في كل الأحوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلاً دون انقطاع بأطفال كثيرين، فإن الفريضة المالية التي أُلزمهم المشرع بها، تفقد صلتها بالأعمال المخالفة التي ارتكبوها، وتتاسبها معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتدال بما يصحبها بمخالفة الدستور<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ٢ مارس ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٧ قضائية "دستورية" -ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. "دستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) Bailey V. Drexel Furniture Co., [Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).

تقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية ٤:٢ بأنه طالما كانت الضريبة تنتج بعض الدخل، فليس لهذه المحكمة أن تتحرى بواعث المشرع من وراء فرضها، ولا أن تبحث في مدى نقيدها للنشاط العمل بعينها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجوز أن تجاوز بنقلها حدود معقوليتها، ولا أن تكمر أو تمتص جانباً جسيماً من وعائها، وإلا تعين الحكم بعدم دستورتها.

٨. لا يعتبر تأثيم المشرع أفعالا بذولتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، واقعا في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إتيان أفعال أثمها المشرع. فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط الفاصل بين ما هو مباح، وما هو محظور.

٩. تفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين في هذه الحالة أن تقوم الدولة بنفسها الدليل على أن مصلحة قاهرة هي التي اقتضتها، وأن التدخل بها في نطاق الأوضاع القائمة، كان في أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كلن يفرض المشرع ضريبة باهظة يكون من أثرها الحط من تقدم الفنون على اختلافها، بما يناهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التي حض الدستور عليها.

١١. لا يعارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعينها، ولو كان إيرادها ضئيلاً Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوباً inimical، أو لا صلة له بالإسهام Unessential في تحقيق الرخاء العام<sup>(١)</sup>.

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلزمها المشرع غير ثوبها ليخفى حقيقتها، يكون فرضها مخالفاً للدستور.

(١) See United States v. Kahriger. 345 U.S. 22 ( 1953)".

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التي يقتضيها سريانها على كامل إقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعنى وحدة عبئها في مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها<sup>(١)</sup>.

١٤. لا ينال من دستورية الضريبة أن تكون لها آثار جانبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحمل بها<sup>(٢)</sup>.

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي اكتمل بنيلها وفقا للدستور، موافقة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستوريته، تنفصل عن أوجه إنفاق إيراداتها في مصارفها المحددة لها بقانون الميزانية<sup>(٣)</sup>.

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق في أغراض الجباية هدفا يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبئها فادحا<sup>(٤)</sup>.

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلا بأهدافها، وأن يتحقق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنيلها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

(١) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

(٢) Laurencè H. Tribe, *ibid.*, p. 319.

(٣) وقد جمع الدستور الأمريكي الفيدرالي في مادة واحدة -هي الفصل الثامن من مادته الأولى- بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة، وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية. ذلك أن هذه المادة تختول الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تحصيلها من أجل الوفاء بالديون وتوفير الأموال اللازمة لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العلم.

(٤) للقضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق دستورية -جلسة ١١/١- ١٩٩٧-قاعدة رقم ٦٦ من ٩٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. توافر الأوضاع الشكالية التي يتطلبها الدستور في شأن الضريبة، لا يفيد سولو ضمناً -خلوها من مثالبها الموضوعية؛ ولا ينفي عنها بالضرورة تحقيقها وخروجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضاً بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقرر المشرع معدلها وشروط اقتضاها، وفق معايير تنهياً بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها<sup>(١)</sup>.

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيلة الضريبة، يخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيلة الضريبة؛ والضوابط التي بتعين على السلطة التنفيذية للتقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملترمين أصلاً بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسؤولين عنها، وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من نتمتهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين<sup>(٢)</sup>. ذلك أن المسؤولين عن الضريبة للذين أنفاهم المشرع إلى جوار الملترمين أصلاً بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزنة العامة لضمان بحصيلها، والتقليل من نفقة جبايتها، لا ينحسرون بها إلا إذا اتصل المال محلها بأيديهم، حتى يقطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسؤولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلاً بها، ويحسب تكليفهم بتوريدها تابعاً لإلتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقائه ويزول بانقضاءه؛ إلا أن من حقه النعى عليها مخالفتها للمستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملترمين أصلاً بالضريبة. فقد يعهد لشخص إلى بعض الفلادق بتنظيم حفلاتهم فيها مقابل مبالغ

(١) للحكم السابق من ٩٧١-٩٧٢.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "مصرية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- من ١٠٩ - ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن ضريبة الدمغة المطعون عليها في هذه القضية كان محلها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، وذلك من خلال نقلها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعتبرت المحكمة أن صلة للشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة، صلة واهية اتخطها المشرع لضمان استيفاء الضريبة من المسؤولين عن توريدها ضريبة الدمغة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة لهذه الأوراق أو تلك الحصص أو الأنصبة، يفصلها عنها، فلا يكون لها بذلك شأن بتداولها ولا بغيرها.



يدفعونها وقد يفرض المشرع علي من يقيمون حفلاتهم هذه، ضريبة يحتفلها من المبالغ التي يؤدونها إلي الفندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلاً بدفعها. فإذا أقام المشرع - وإلى جانبهم - من يديرون هذه الفنادق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلى الخزنة العامة، فإنهم يكونون مسئولين عن هذا التوريد.

وكما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرق فرضها من يقيمون حفلاتهم في تلك الفنادق وحملهم على التخلي عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابها عن مصالح عملائهم في ضريبة لا ترهقهم، غير دفاع من جهتهم عن مصلحتهم الشخصية في أن تظل فنادقهم مفتوحة لمن يرغبون في تنظيم حفلاتهم بها وتربيها<sup>(١)</sup>.

٢٣. لا يجوز أن تنتزع الدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جزاء على الإخلال بها يجاوز بمداه أو يتعدد صور، الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية. ذلك أن الأصل في الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً- أن يتطابق بأفعال بذواتها يعينها المشرع. فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها The principle of proportionality، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على المصالح العام، وإلا صار الجزاء غلواً غير مقبول. كذلك فإن تعدد صور الجزاء، وانصبابها جميعاً على مال المدين -مع وحدة سببها- يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الضريبية جميعها، وينقص -دون مقتضى- من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو المسئولين عنها<sup>(٢)</sup>.

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها بوصفها إسهاماً من جهتهم في أعبائها وتكاليفها؛ وكان هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تقابلها خدمة محددة يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلط الضريبة بالرسم الذي يستحق مقابل نشاط خاص أثناء الشخص العام، وعرضاً عن تكلفته، وإن لم يكن

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ١٢ -ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقدارها؛ إلا أن الضريبة والرسم يتفان في خضوعهما معا -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- لضوابط العدالة الاجتماعية التي أقام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها<sup>(١)</sup>.

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وأن الإعفاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر في تقرير الإعفاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحدده غير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير الضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها من تدفق التجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين في مجال تقييم دستورية الضريبة، للنظر إلى نوع وقدر الأعباء التي ألقتها على المخططين بها -سواء كانوا ملتزمين أصلاً بها أو مسؤولين عنها- وإلى قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعينها وهؤلاء المخططين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عنصراً قاطعاً في دستورتها.

٢٩. لا يجوز في الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط يباشره مواطنوها داخل إقليمها، فتعفيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل يباشره مواطنون تابعون لولاية أخرى داخل حدودها<sup>(٢)</sup>. ويعتبر للتمييز المقرر بقانون الولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كان في واقعه تحكماً، ولو كان محايداً في مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة في نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متحدياً إلى أكثر من ولاية.

(١) ص ٤١٣ - ٤١٤ من الحكم السابق.

(٢) Hale v. Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فالولاية التي تفرض رسوم تفتيش على الأسمت المستورد من ولاية أخرى يعادل ستين مثلاً قيمة نفقت التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التبادل الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمت المطلق في الولاية معفى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التي تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatabe tax يناقض فرضها شرط للتبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض<sup>(١)</sup>. ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التي تفرضها الولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها في نطاق إقليمها، وذلك تقادياً لأزدواج للضريبة<sup>(٢)</sup>.

وليس بشرط في ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون مسلماً تتكيف عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق التتفق ببعض القيم المالية، كفرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة<sup>(٣)</sup>.

٣١. لا يجوز لولاية أن تفرض على نفسها عزلة اقتصادية تحرمها من الاتصال بباقي أجزاء الاتحاد، ولا أن تعزل من خلال الضريبة التي تفرضها جريان التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تكفيها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يهبط حركتها بتدابير توقعها، وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلعاها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تصيبها من التجارة الوافدة بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المنطقية. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مبرر معقول يحملها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخائها العام ممثلاً في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الخلقية.

٣٢. لا يجوز لاية ولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للملح التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد . وإنما يتعين أن تترايط وحداته فيما بينها، وأن ترداد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تتفتح قنواتها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا مخططاً لتدابير الردع التي تتخذها قبلها كل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بلقة التجارة القومية بكل أشكالها.

(١) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(٢) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(٣) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان نفاذ منتجاتها إلى أقاليم الاتحاد في مجموعها، بخير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيًا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمون من خلال تنافس الولايات فيما بينها، للحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار، تزيد من التضخم، ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزاً لصوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون أداؤها واجباً وفقاً للقانون. ذلك أن الحق في التنمية وفي العمل من الحقوق التي كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بعظم حصيلتها، ولا بتفويض ضالتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلاً عن مقاصدها الأصلية -التي يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبلغها إيماء منها لموارد ترصدها على مصارفها- آثاراً عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التي يأتينا المكلفون بها، والتي تقع للضريبة عليها، بما ينهيها أو يرهقها<sup>(٢)</sup>.

٣٥. ويدخل اختيار المشرع لوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعبئها- في نطاق سلطته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه عام. ولا ترتبط دستوريته بالتالي بتوافر بدائل تحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها<sup>(٣)</sup>.

بيد أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم لحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيد بالصوابط التي فرضها الدستور عليها لتحذ من إطلاقها

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٦٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ و ١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم نخومها التي لا يجوز أن يتعدها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرهقها، ويحد من كتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبها ونواتها<sup>(١)</sup>.

٣٦. حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية؛ ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عن توريدها، في فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحفيها<sup>(٢)</sup>.

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحمل بعينها. ويتعين أن يكون وجوده محققاً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بوعائها، وكان محمولاً عليه. ووعاء الضريبة بالتالي هو مادتها، والفرض من فرضها هو أن يكون هذا الم عاء مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها متأكداً من هذا الدخل دون سواء، وناجماً عن وجوده - حقيقة لا حكماً - ومنسوباً إلى مقداره، ولقاعاً لا مجازاً.

فإذا انفصم دين الضريبة عن وعائها، ولم يكن نتيجة تحقق الدخل المحمل بعينها، دل ذلك على أن الرابطة بين وعاء للضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما ينالض أسسها الموضوعية التي لا تقوم إلا بها<sup>(٣)</sup>.

٣٨. ليس ثمة مصلحة مشروعة ترتجى من وراء إقرار قانون يتوخى مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تفقر إلى قولبيها الشكلية، أو لا تتوافر فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هدفاً يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالتطبيق لأحكامه<sup>(٤)</sup>.

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/١٢ - ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٧ - ص ٨٤ - ٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٤) الحكم السابق - قاعدة رقم ٣/٧ ص ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة تم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعي يرد - إلى تاريخ العمل بها- لا يحجبها من جديد ولا يزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجيز لها في عداد القوانين التي ينقيد اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها بالدستور. ذلك أن الضريبة التي تنالض الدستور، يلحقها العلم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا يعود<sup>(١)</sup>.

٤٠. إذا فوض المشرع رئيس الجمهورية في تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة سلع جديدة إلى قائمة السلع التي أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون معدلاً من بنين الضريبة من خلال تحويل أحكامها ونطاق سريانها. ويقع هذا القرار باطلاً بالتالي بعد أن قام على تفويض مناقض للدستور<sup>(٢)</sup>.

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قيذا على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان الدستور لم يبين لهذه العدالة مفهومها، إلا أن العدل -رباعباره قيمة مثلى- لا يتحدد إلا منظور اجتماعي على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان التزامها بها مهيمنا على مظاهر سلوكها، تعبيرا من جانبها عن أكثر المصالح توفيقا مع بيتتها. فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا هلا ملائما لتنازع توجهاتهم وتعارضها.

وصح القول بالتالي، بأن تلك القيم لا تعنى شيئا ثابتاً باطراد؛ وأن معانيها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض في مجال العدالة الاجتماعية بين مفترضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورهما ذاتياً، ولا

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع حول رئيس الجمهورية أن يفرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار منه، فإنها تقدم أصلاً. ولا يتصور أن يفرضها قانون لاحق إلا إذا طبق بأثر مباشر. فإذا انسحب هذا القانون إلى تسريح لعمل بضريبة المبيعات المعنومة بقصد إحيائها، وقع هذا القانون باطلاً.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها منغلقة على نفسها؛ إلا أن القيم التي يحتضنها الحل، تظل نتاج الخبرة التي صهرها العقل الجمعي، فلا يلتصق المشرع طرقها بعيداً عما يراه الأفراد في مجموعهم حقاً وإصفاً<sup>(١)</sup>.

ومما يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية، ويخل بالحماية التي تكفلها للدولة للديموقراطية لمواطنيها في هذا الأدنى، أن يكون للجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعامل المشرع أفعالاً تتنافر خصائصها، ولا تتحد فيما بينها في قدر خطورتها، بافتراض تساويها في الآثار التي ترتبها، ليجمعها في بوتقة واحدة، وينزل على كل منها صور الجزاء ذاتها التي فرضها على غيرها، لتحيطها وطئها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط في هذه الأفعال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يقترن بأيهما؛ وسواء كان إثباتها بقصد التكبليس على القائمين على تنفيذ قانون للضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد التلخص منها كلها أو بعضها واقتصاص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها؛ وسواء كان التأخير في توريدها عرضياً أو مقصوداً؛ محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراكباً أجلاً طويلاً؛ ناجماً عن قوة قاهرة، أو عن أوضاع طارئة مفاجئة<sup>(٢)</sup>.

ليظهر عين الجزاء متعلقاً بأفعال تتنافر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع أفعالاً خطراً على أسوأها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وأثارها؛ وتلاقيها في خصائصها فلا يزنها بالقسط.

وليس ذلك إلا غلوا منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرسنها المادة ٣٨ من الدستور، لتقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة ٢/١١٩ من الدستور. ويؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإذ كان الأصل في صور الجزاء ألا تنزاح جميعها على محل واحد بما ينبو بها عن موازين الاعتدال، وألا يتعلق جزء منها بغير الأفعال التي تتحد في خواصها وصفاتها، وبما

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٤١٦ - ٤١٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٧ - ١٣٧٨ من الجزء الثامن.

يلائمها؛ فقد صار باطلاً كل جزاء يكون من أثره، الإخلال اعتسافاً بحق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتعين بالتالى أن يوازن المشرع فيما يقدره من جزاء، بين الأفعال التى يجوز أن يتصل بها، وأن يقدر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالبها، بل يبتغيها أسلوباً منطقياً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها<sup>(١)</sup>.

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة الدستورية متعلقاً بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور جميعها، سواء فى ذلك، تلك التى تنظم قوالها الشكلية، أو التى تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثارة فيها بحكم الاقتضاء العقلى.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية - وفى مجال تحققها من دستورية الضريبة أن تباشر رقابتها على الواقعة التى أنشأتها، وأن تستظهر بالتالى حدود الصلة بين المكلفين بها، والمال المحمل بعبئها؛ ونطاق قدرتهم التكليفية، وأن تكون صور الدخل على اختلافها - وباعتبارها إيرادات مضافاً إلى رعوس الأموال التى أنتجت - وعاء أساسياً لها كإفلا - بصفة مبدئية - عدالتها وموضوعيتها. فلا تنال الضريبة من رعوس الأموال ذاتها بما يؤول إلى تآكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استخدامها فى مجال التنمية عريضاً وفاعلاً من خلال تنفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز فى الدول الفيدرالية - وفى نطاق شرط التنفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها - أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها التجارة المحلية الواقعة فى نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة الواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز فى نطاق لدول الفيدرالية أن تتمتع السلطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التى يجوز لها فرضها، كى تنظم من خلالها مسائل تدخل فى الاختصاص المنفرد لولايتها.

٤٥. تحتفظ الضريبة التى تفرضها الدولة، بصفتها كمورد لها Revenue Measure، ولو كان لها جانبى تنظيمى عرضى Ancillary regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بنواتها بقصد

(١) الحكم السابق - ص ١٣٧٨ - من الجزء الثامن.



إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال محلها<sup>(١)</sup> Rate structure أو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون للضريبة<sup>(٢)</sup>.

فإذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفى لاعتبار الضريبة دخلاً للزيادة أن ينتج عنها إيراد للدولة أياً كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على المستوية أن تتناقص السلطة التشريعية في دولتها لإقرار الضريبة التي فرضتها، ولا في نطاق الآثار العرضية التي حققتها الضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر في تحقيق هذه الآثار<sup>(٣)</sup>.

٤٦. لأن كانت الضريبة مصدراً لإيراد الدولة، إلا أن تعلقها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها الدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة في صحيح مفهومها، هي التي يفرضها المشرع في شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص القانون ولا كذلك لتعويض عن العسل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض<sup>(٤)</sup>.

٤٧. يفترض اختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافي أرباحها؛ تعلق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائماً بها في كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التي فرضها المشرع على البيوع بالميزان، والتي افترض بها تحقيق هذه البيوع في كل أحوالها - فائضا مضافا إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائياً أو إدارياً، فلا يكون للقاتمين على إجرائها، مصلحة في اقتضاء ثمن عادل لها.

وإذا يضطر أصحابها -ولو باعوها اختياراً- إلى عرضها في وقت غير ملائم، فلا يترجون من بيعها. فإذا فرض المشرع ضريبة على بيعها غير المتمر، كلنهم رهقاً بما ينال من رعون

(١) Mc Gray V. United States 195, U. S. 27 (1904).

(٢) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

(٣) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

(٤) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مصرية" - مجلة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٢٣٠ من الجزء الثامن.

أموالهم في ذاتها. وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن الضريبة التي فرضها المشرع على بيوع بنواتها، ليس من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها؛ لا يقيمها -ربناء على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور<sup>(١)</sup>.

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تنمر وعاءها من خلال فداحة عبئها؛ ولا أن تتحضر عن جزاء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السادس عشر

#### الجريمة الضريبية

أولاً : تطبيق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يطلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فإن هو فعل، كان ذلك قيداً استثنائياً على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضاً لإجرائها لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي القيد قائماً. وارتفاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة اختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقرر على حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاها بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

(١) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٧ - س ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٧ - س ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

وألفتها. لا استثناء من ذلك إلا في جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التي تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ النيابة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التى عينها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائماً ولوثق اتصالاً بالمصلحة التى توخاها المشرع من التجريم<sup>(١)</sup>.

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التى يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلاً فى صون مصلحة الخزنة العامة فى إطار من التفاهم بين المتهمين بالضريبة من ناحية؛ والجهة الإدارية التى تقتضيتها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسئولياتها فى صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الآثار المترتبة على الإخلال بها، بما يخولها سلطة مطلقة فى مجال تقدير ملائمة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلّى عنها. وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل فى الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التخصّص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تعلق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها؛ إلا أن للجرائم الضريبية -على تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها عائداً إلى الإدارة المالية ذاتها، لتزّن على ضوئها، خطورة كل منها وملايمتها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### ثانياً: للتصالح فيها

١٩٥- قد يجيز المشرع الصلح في بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبياً يتمثل في مصادرة البضائع المضبوطة في تلك الجرائم، وأُشْـرَا جوازياً يخول الجهة الإدارية وفق سلطتها التقديرية، الحق في مصادرة وسائل نقلها ومواد تهريبها؛ فإن المصادرة في الحالتين لا تستند إلى إرانتين تلاقينا على الصلح فيما بينهما. بل تتم المصادرة الجوازية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص في القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لنزول الجهة الإدارية عنها.

وفضلاً عما تقدم، فإن المصادرة في صورتها الوجوبية والجوازية، لا تقع بناء على حكم قضائي بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التي تم ضبطها إلى أصحابها، مؤداه أن تحل الدولة محلهم في ملكيتها، وأن تؤول إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذا كانت المصادرة التي أجراها المشرع -كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تدبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها في ذاته، جريمة معاقبا عليها a crime. فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التي تم ارتكابها. وهي بعد عقوبة عينية ترد على أموال بذواتها تتمثل في بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغي بالتالي أن يصدر بها حكم قضائي<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جزاء مندياً منباه مخالفة للنظم الجمركية المعمول بها؛ فإن توقيعها يجب أن يتم من خلال حق التقاضي صوتاً

(١) الحكم السابق ص ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

لحقوق الملكية التي تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل في هذه الحقوق سواء بإثباتها أو نفيها - إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووافق مقليين وضوابط حددها المشرع سلفاً<sup>(١)</sup>.

---

( ) الحكم السابق من ٥٩٣ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الخامس

#### الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتحدد المحكمة للدستورية العليا القواعد التي تحكم مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء في ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعي لولايتها. وهي تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها في المرافق التي تنشئها؛ وخصائص العقود الإدارية التي تدخل فيها للوفاء باحتياجاتها. وبتمتظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه المرافق وعمالها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

#### المطلب الأول

##### مباشرة الإدارة لسلطانها الخاصة

١٩٧- تبأشر السلطة التنفيذية اختصاص إصدار تشريعات لاحية، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كأصدارها للوائح اللازمة لتنفيذ اللوائح؛ وإما بصفة استثنائية تخرج فيها عن النطاق الطبيعي لوظائفها، مثلما هو الحال في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة.

ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح للذين تبأشر من خلالها سلطة تشريعية استثنائية، مردها إلى قواعد الدستور ذاتها في الحدود الضيقة التي أنبها.

#### الفرع الأول

##### اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقا لنص المادة ١٤٤ من الدستور، والقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالاً في نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها<sup>(١)</sup>. ولا يعد من قبل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية في أن يخضع للضريبة ملعا غير التي إشتعل عليها الجدول المرافق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يحل من نطاق مريان أحكامها وبحور بنيلها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧ -س ٧١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية - عملاً بنص المادة ١٤٤ من الدستور - غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، أو من يعينه القانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هي التي تستقل بإصدارها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### اللوائح التفويضية

١٩٩- لرئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور - أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما يفوض فيه من المسائل التي عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك في إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تكتيبيها عنها في مباشرتها، يفقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، وينفذ كذلك خروجها على الدستور من خلال عزوفها عن مباشرة اختصاص نيط بها وفقاً لأحكامه.

وفي إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبشرط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تعريض فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها قانون التفويض نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينصم بها جدل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. ويشترط دوماً أن يكون التفويض موقتاً "بزمن معين" لا يجاوزه، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفاً، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفصلة من عقلها.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٢٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق "مستورية" - جلسة ١٧ مايو ١٩٨١ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٣٢٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور ألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، التدابير التي اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك في أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. بما مؤداه:

أولاً: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التي تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضاً، وعند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية التي تقتضى تدابير ملحة. ومن ثم يتقيد اختصاص رئيس الجمهورية -على الأخص- بقيدين رئيسيين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التي يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصدوره بالمخالفة للدستور (١).

### الفرع الثالث

#### لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصلية، وبين كذلك ما تباشره من مهام لا تدخل في نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعي لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية -العرضية بطبيعتها- هي التي فصل الدستور أحكامها لضمان مباشرتها في إطار القيود التي أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توحى أن تتولى كلا منها المهام التي اختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعي

( ) القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٥ - ص ٣٢٨، ٣٢٩ - من المجال الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.



لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها، إزاء المخاطر التي قد تواجهها فيما بين أنوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر مادية في طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إيفاء الدولة لالتزاماتها الحالية التي أتمتها معاهدة دواية تعد طرفاً فيها .

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حثتها- وهي مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التي تثارها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفي أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتالي شكل إرهاب بهذه المخاطر- خول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو إردھا على أعقابها أو لتقليص أثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

وتلك هي حالة الضرورة التي يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهي حالة تبسط عليها المحكمة الدستورية العليا رقابتها، للتحقق من وجودها أو من تخلفها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تنظر كذلك في نوع ونطاق التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهتها، كي تفصل في ملاءمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - للقضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### المطلب الثاني

#### نطاق سريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية

#### الفرع الأول

#### القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيميا إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع أو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنتظمها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنيانها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية أمره لتنظيم بعض جوانبها.

بما موداه أن كل تنظيم للعلاقات القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض اتساقها مع هذا الأصل<sup>(١)</sup>.

وكلما دخل مضمون هذه العلاقات في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد موجودة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورتها.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشؤون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لشئونها المصرفية<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لشئونها، يظل واقعا في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية 'دستورية' - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٠ قضائية 'دستورية' - جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٧ - ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٠ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١١٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٧٣١ من الجزء السابع.

-فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحي نشاطها بقواعد أمره لا يجهز الخروج عليها<sup>(١)</sup>.

والأصل في القرارات الإدارية -فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التي اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المطلوبة فيها؛ ومطابقتها في محلها للقانون؛ وبراعتها في بواعثها مما يحرفها عن أغراضها.

ذلك أن تنكبها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضا بذواتها رصدها المشرع عليها. موداه جواز النقي عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيبا غلطا أو قصدا لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التي توختها الإدارة من وراء إصدارها للقرار المطعون فيه، ويتعين بالتالي أن يقوم الدليل عليه نفا من عيون الأوراق ذاتها<sup>(٢)</sup>.

ولا شأن للرقابة القضائية التي تباثرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية، بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرهما، أو درجة انحرافها عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعده.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالي بذلك المركز العام الذي يتولد عن القانون بمعناه الموضوعي<sup>(٣)</sup>.  
وإذ تقتضي محاكم مجلس الدولة بقبول أو برفض طلب مقدم إليها في شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها في ذلك يفيد بالضرورة فصلها في المسائل الفرعية التي لا يستقيم

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٥ -ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٩/١، ص ١٠ -ص ٤٤٣ من المجلد الثالث من الجزء الخامس.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ من ص ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. ولا يعتبر بالتالي من قبيل النصوص القانونية قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التي تضمها المحكمة الواحدة -لما كان نوعها أو درجتها- والتي تصدر عن جميعتها العامة عملا بنص المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التي ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضاء الذين تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيميا لسواء.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٩ -ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كذلك المتعلقة باختصاصها ولائها ونوعيا بالفصل في خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك في توافر شروط قبولها أو انتقادها، فلا يكون وقفها تنفيذ القرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمينا باختصاصها بإلغائه<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغي أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفردية منها والتنظيمية- لا يجوز تحصينها من رقابة القضاء، سواء تعلق الأمر بإلغائها أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكين الدبلوماسي والتتبعي في مصر وسوريا، وتحديد ألقابهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وفي تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٥ و ٦٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تخويل لجان التقييم التي نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاصة لأحكام هذا القانون، توصلنا لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل أيلولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، موداه أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحصين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها<sup>(٣)</sup>.

ج- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل في المنازعات الإدارية جميعها باعتباره قاضيا الأصيل، فلا تباشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا في حدود ضيقة؛ وبصفة استثنائية تكون الضرورة في

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية تنازع- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ ص ٩١٨ من الجزء السابع.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ١٧- جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ ص ١٠٢ وما بعدها من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ١٦/٢/١٩٨٥ -قاعدة رقم ٢٣ ص ١٤٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

صورتها الملجنة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في لوثق روابطها- مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها<sup>(١)</sup>.

إذ كان كذلك؛ وكان التنظيم من أمر الاعتقال إنما بشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدابير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان المشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فصلا في التظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانات قضائية يقتضيها إيداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان التنظيم من أمر الاعتقال واقعا أمام جهة قضائية تتصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه يخوله الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما اتقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم؛ فإن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تفصل فيه فصلا قضائيا لا يحسن أمر الاعتقال -وباعتباره قرارا إداريا- من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة لضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٨ قضائية تملزع- جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ ص ١٥٣٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ -قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" -جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٨٣ ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق "مستورية" - جلسة ١٦ يونيه ١٩٨٤ قاعدة رقم ١٤ ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

وبلاحظ كذلك أن الأئمة التي يدور موضوعها حول ما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية سواء ما اتصل منها بتحصيلهم الدراسي أو ما تعلق بامتحاناتهم - تتمثل في طبيعتها وتتحد في جوهرها مع الأئمة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالي أن يخرجها المشروع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً في ولايتها باعتبارها قاضيتها الطبيعي. ويتعين بالتالي أن تحكمها قواعد موحدة لا تقتض في النظائر تخالفها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التي تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتدرج هذه المرافق في صور نشاطها والأغراض التي تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تعددها وتباين صور نشاطها، واختلافها في أهدافها، محكومة بذات القواعد التي تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام؛ أم بالعقد التي يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التي يقوم عليها، أو بالقواعد التي تنظم شئون العاملين فيها. وفي تفصيل ذلك:

### الفرع الأول

#### المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إنما تتوخى إشباع أغراض بذواتها تقتضيها خصائص نشاطها التي تقدر معها الجهة التي أنشأتها - سواء أكان تغييرها صائباً أو مخطئاً - أن أشخاص القانون الخاص لا يقومون على مباشرة الأعمال التي تنهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة - وهي بالضرورة من أشخاص القانون العام - تنظيمها بما يكفل مريان نظام قانوني خاص عليها، سواء

(١) للقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ قضائية دستورية - جلسة ٩/٩/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨٣ ص ٧٢١ - ٧٢٢ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

وبلاحظ أن النص الذي أخرج هذه المنازعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذي أسند الفصل فيها إلى لجنة ضبط اللوات المسلحة - دون غيرها - منقذة بهيئة قضائية.

فى شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسئولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التى تتفرد بالفصل فى منازعاتها.

وكما تعلق الأمر بأموال هذه المرافق، فإن إدارتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطوبق تنظيمها. ذلك أن مالىتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها فى غير الأغراض المرصودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلاً بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى يتولاها la notion matérielle، سواء أكان الانتفاع بها حقاً للمواطنين فى مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويفترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التى يهض المرفق بها، ينبغى أن تتصل جميعها -من جهة غايتها- بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكفولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام les procédés de droit public؛ ومقتضياً تدخل من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداءً، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً فى فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة وثقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرفقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تدخل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً فى الشئون التى يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التدخل عن طريق الاستغلال المباشر.

وأعمال هذه العناصر على ضوء القضاء المقارن، يؤكد اطراداً على أن الأعمال التى تنقد اتصالها بالمصلحة العامة Etrangée à l'interet public وكذلك تلك التى تكون ربحيتها le but lucratif غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً؛ على تقدير أن هذه المرافق لا تبشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاها من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص la gestion domaniales تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مشبهة -في خصائصها ونظامها القانوني- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التي يباشرها l'objet de service؛ ومردودها Rentabilité؛ ونظم إدارتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التي يؤديها، ولا يجوز بالتالي أن يختلط بالجهة التي تقوم على إدارتها le sens organique ou formel فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص للقانون الخاص<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### سلطة المرافق العامة في توكيم الحجز الإداري

##### لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التي تضمنها قانون الحجز الإداري، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -على الأخص تلك التي تقابل أعمالاً بذلتها أو تدابير اتخذتها- فلا يتقيد اقتضاؤها جبراً عن مدينتها بالقواعد التي فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن التنفيذ الجبري. وإنما تعتبر استثناء منها، وامتنيازاً مقررراً لصالحها يجعلها دائماً في مركز المدعى عليه. ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديدها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يفيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينتها، بل يكون قرارها بالحقوق التي تطلبها منهم، سابقاً على التلليل عليها من جهتها Du privilège préalable، ونقلأ إليهم مهمة فيها.

وتقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإداري، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومنصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

(١) دستورية عليا -لل قضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -ساعة رقم ٩٨- ص ١٣٢١ و ١٣١٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.



فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلباسها ثوباً مجافياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الديون التى تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها فى حق من تراهم ملتزمين بها أو مسئولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض فى شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية فى طبيعتها، تجاوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل فى علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير سريانها فى شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التى تبأثرها البنوك من ديون تدعيها قبل عملاتها -والأصل فيها التحوط لأدلتها، وتأمينها وتوثيقها؛ وتكافؤ أطرافها فى مجال إثباتها ونفيها- مؤداه إلحاق نشاطها -فى هذا النطاق- بالأعمال التى ينهض عليها المرفق العام؛ واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الديون التى تطلبها من عملاتها -ردون مقتض- لقواعد تتلقى بصرامتها، مرونة عملياتها وتجارياتها، وأطمئنان عملاتها إليها فيما يحصلون عليه من أثمان منها.

ذلك أن الأعمال التى تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التى تعتمد أصلاً على تنمية الإخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه -وبالنظر إلى طبيعتها- تخضعها لقواعد القانون الخاص. وهى تبأثرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكاً -كلياً أو جزئياً- للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التى تملك أموالها، وموضوع نشاطها؛ ولا بطرائقها فى تسييرها. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها عرضاً نهائياً تنفيها، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦- تعتبر أموال المدين جميعها ضماناً للوفاء بدينه. والدائنون متكافئون فى هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. والدائن بالتالى أن يتخذ فى شأن أموال مدينه، الطرق التحفظية والتنفيذية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

(١) الحكم السابق من ١٣١٤-١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتقريره عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لسيره لزوماً حتماً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصراً في دائرته الضيقة، ومقيداً بدولته.

ولا يجوز بالتالي أن يمتد إلى غير الأموال التي تنطبق بها، ولو كانت الاعتبارات التي وجهته في حالة بذاتها، متوافرة في حالة أخرى لا نص عليها.

إذ كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع في مجال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسؤولياته، وتحمل تبعاتها في سبيل الارتقاء بأمتها ودعم مكانتها في أكثر الميادين أهمية- قد خولج على هذه الهيئات -ومن أجل تمكينها من مباشرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل في هذه الهيئات أنها تبشر نشاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة في إدارتها لشؤونها بوسائل هذا القانون؛ فإن ما تمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يمجها في أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً من تنظيماتها.

وما كان المشرع ليجردها من مزاولة بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حال بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرها من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -وبالضرورة- تكون من الأموال الخاصة التي يجوز -في الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ في تطبيق أحكام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن أموالها لا تندرج أصلاً تحت الأموال العامة، وإنما لحقها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، في مجال تطبيق النصوص العقابية التي فرضتها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، وبزجر المتلاعبين فيها، مع بقائها -في غير هذا المجال- من الأموال الخاصة التي يجوز للدائن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

### الفرع الرابع

#### العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل العقود الإدارية بنشاط المرافق العامة في مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام في مجال تحديدها لنواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تنحل الإدارة فيها. ذلك أن الإدارة لا تبرم العقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التي يرتضيها المتعاقدون في عقود القانون الخاص. ولكنها تظهر في العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهي تفصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطا استثنائية لا يألها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، تقديراً بأن هذه الشروط هي التي تؤكد بها جهة الإدارة لفتحها لوسائل القانون العام التي تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وامتيازاتها، فلا ينكأ مركزها -بعد اللجوء إليها- مع المتعاقدين معها<sup>(١)</sup>.

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي لا يجوز للخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تفصح بها جهة الإدارة عن نيّتها في انتهاء وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التي تباشرها قبل المتعاقد معها، أو عن طريق تخويلها هذا المتعاقد جانباً من سلطاتها لاستخدامها في تسيير وتنظيم مرافق عام كان ينبغي أن تقوم أصلاً عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية في طبيعتها، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة التي لا تنكأ معها في العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة مدخلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تقارنها أو تتصل بها، على ما سواها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تقاع" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٤ - ص ١٥١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "تقاع" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ - ص ١٥٢١ من الجزء الثامن.

### الفرع الخامس

#### عمال المرافق العامة

##### أولاً:

#### ضوابط شغل الوظيفة وضمائنها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل مدخلاً إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التي ترفعها دون مقتض؛ ويتكامل للشخصية وتناميها؛ وبالقيم الخلقية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي، وبحق الناس جميعهم في تطوير الجماعة التي يماشيونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالي التمييز في مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق الضرورة التي تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بينها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتبار العمل حقاً وفقاً لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويًا على قدميه، ولا يتصور وجوده في غيبتها.

ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها، وهي بعد شروط موضوعية يعتد بها في تقدير أجر العمل، وكذلك في تحديد الأحق بالحصول على المزايا التي يرتبها، وأشكال حملتها، ووسائل اقتضاها<sup>(١)</sup>.

ويعتبر من مزايا العمل وسواء تعلق بنشاط مباشره مرفق عام، أم كان واقعاً في منطقة للقانون الخاص، ما تقوم به بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن يأوون إليها، كى توفر بها ظروفًا أفضل لأداء ما نيط بهم من أعمال.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص ١٢٩٠ - ١٢٩٢ من الجزء الثامن.

فلا يشغلها هؤلاء بعد انقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم في الأجر. وإنما يكون لها أن تتسلمها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو بغيرها، فلا تتعثر خطاها.

وما ذلك إلا استصحابا لأصل مقرر في شأن روابط العمل مؤداة أنها غير مؤيدة بطبيعتها، وأن مالها بالتالي إلى زوال، إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتهاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا تبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التي أنتجتها، ولا المزايا التي كفلتها، ويندرج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لمكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة انقضاء الحق في الأجر بكل العناصر التي يشتمل عليها، والتي يندرج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تمييز بينهم في ذلك، إذ تنتظمهم جميعا القواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تتباين تطبيقاتها، بل تتحد ضوابطها<sup>(١)</sup>.

### ثانيا

#### بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزاياها بغير مسؤوليتها، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلا عن متطلباتها التي تكفل للمرافق حيويتها واطراد تقدمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قولها للتخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو تفقد اتصال حلقاتها ببعض، أو تترجمها فيما بينها.

بما مؤداة أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التي تدخل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٨٩٦

- ٨٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يطوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبّتها، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية<sup>(١)</sup>.

وتمثل الترقية بالاختيار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انحيازاً إلى الأصلح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوباً ملائماً لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحقها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسؤولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرا فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المترشحين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلحهم للنهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والنفسية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدون فى كفايتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، وأحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تتولاها عن أهولها. بل عليها أن تزن عناصر التقييم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة واقعية ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأكاديمية التى لا يعتد فيها بغير مدة الخدمة الفعلية - لا الفرضية - التى قضاها العامل قائماً بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تناقض طبيعتها الترقية بالاختيار.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ من

٥٠٠ - ٥٠٢ من تجزئة الثامن.

(٢) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وغايتها ألا يتقدم من كان طارناً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقديمه أن من باشر العمل فعلاً، أولى بالنظر ممن اعتبر قائماً به حكماً، وبمراعاة أن تقديم زميل على آخر لأقدميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها في الجهة ذاتها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً

#### ملاحقة القاتمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر البند ثانياً استثناء من الحق المقرر لكل شخص في أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية طلباً للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة. وإن كانت المدعية في الخصومة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفاً من خلال الإدعاء المباشر - عن جريمة ارتكبتها أثناء تأدية وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التي ألحقها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضاء الحقوق التي تطلبها في النزاع الموضوعي، وكانت المدعية قد قررت في منعاها على ذلك البند، أنه صاندر - بغير مبرر - حق الناس في ملاحقة الجناة أمام القضاء بما أضفاه من حصانة على الموظفين والمستخدمين ورجال الضبط، وهم فئة بعينها قصد أن يعطل مساوماتهم قضائياً عن الجرائم التي حددها، دون أن يستند في ذلك لغير صفاتهم، مندرجاً بوقوع جرائمهم هذه لتأديتهم لوظائفهم

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

(٢) تعاقب المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وكسف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن منعها ذلك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها فسى دعواها إلى رفضها، مستنداً في ذلك إلى ما يأتي.

أولاً: لن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن للدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعني أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً للأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديراً بأن النيابة العامة -وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تفويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تطبيقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفق شروط موضوعية لا يناقض تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانياً: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة التي يقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها(١)؛ وثانيهما: الأضرار التي ينبغي توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكها؛ فرجح ثانيهما على أولهما، تقديراً بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون دفعها أولى؛ ولا يجوز بالتالي أن تتقدمها مزاياء.

ذلك أن القائمين بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعى بالحقوق المدنية بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يباشرون أعمال وظائفهم بعيداً عن مصالح المواطنين الذين يلجون أبوابهم لقضاء حوائجهم. بل يتردد موقفهم من طلباتهم بين تلبية أو معارضتها بحق؛ مما يؤثر غرائز النفس البشرية ونراوتها التي كثيراً ما تنجح مع سوء ظنها إلى التجريح نابياً عن موازين الحق والعدل. فلا يكون شططها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنياً واقتراء، يقرن -في الأعم- بالتطاول عليهم للحط من قدرهم، ونيلاً من اعتبارهم؛ لتسهن عزائمهم فلا يثابرون على أعمالهم بالهمة الكافية، وإنما يقصرون فيها قعوداً عنها؛ أو يتصلون منها نكولاً عن

(١) الحق في الادعاء المباشر. يرى. سمه القانون مواجهه نخلى النيابة العامة أو نقاعها عن رفع الدعوى جناية، دون مقتض وهو خلق نوع من الرقابة على تصرفاتها



مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهم بسببها، مما بصرفهم عن الأداء الأهم لها، لاسيما وأن المشرع قد اختصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوباتها في شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم فسي الصورة الأدق لها.

ولا يجوز بالتالى أن ينفرط اطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائياً عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعثر الدليل عليها أو كان متخذاً، متشراً زيفاً برداء الحق، ليفوض بذلك مسكينهم ما بقى الاتهام الجنائى مسلطاً عليهم، موهناً عزائمهم، ملقياً عليهم ظلالاً من الشبهة التى تتلألأ من سمعتهم.

وكان على المشرع بالتالى أن يرد عنهم -بالنص الملمعون فيه- غائلة عدوان أكثر لخصماً وأذى إلى الوقوع ضماماً لأن بتقيد الحق فى الادعاء المباشر، بالأغراض التى شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن إسقاط الحق فى الإدعاء المباشر فى الحدود التى بينها النص الملمعون فيه، لا يتوخى حماية القائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان شئوننا وانتظامها بما يحقق أهدافها، فلا يعرقل تنفيذها قيد بنافى واجباتها..

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنية بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره فى جرائم بنوالتها، الجهة التى تخص بها أصلاً، شأن الجرائم التى يرتكبها القائمون بالعمل العام أثناء تادية وظائفهم أو بسببها فى ذلك شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعنى أن هؤلاء لن يفلتوا من المسؤولية الجنائية عن أفعالهم التى أئتمها المشرع، بل تظل محاسبتهم عنها -إذا قام الدليل عليها- حقاً للنيابة العامة فى إطار اختصاصاتها الأصلية.

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٤/١٩٩٢- قاعده رقم ٣٠ ص ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخول حق الادعاء المباشر إلا فى حالة بذاتها هى التى يقوم فيها المحكوم له بطلب للتوبيخ المدنى عن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائى أو تعطيل تنفيذه -وهى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٧٢ من الدستور- وفيما عدا هذه الحالة، فقد فوض الدستور -نص المادة ٧٠ منه- المشرع فى تحديد الأحوال التى تقام فيها الدعوى الجنائية عن غير طريق الجهة القضائية. ويلدرج تحتها الحق فى الادعاء المباشر.

خامساً: أن حظر الادعاء المباشر في الجرائم المشار إليها في البند ثانياً من الفقرة ٣ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يعطون بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثرهم بها على سواهم من المتهمين.

بل تغيا هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد في القيام به توفيقاً للمسئولية عنه. فلا ينال من حسن أدائه، متخوصون يعطلون سيره إنكاً. وإذا حظر المشرع في الجرائم التي عينها، الحق في الإدعاء المباشر على ضوء ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائماً على أسس موضوعية تنتظم المخاطبين به، وبما لا إخلال فيه بضاوئهم أمام القانون<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً

#### حق العامل في أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تنفياه المشرع من ضمان حق العامل في أجازة سنوية بالشروط التي حددها، هو أن يستعيد العامل من خلالها قواه المادية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالي أن ينزل العامل عنها، ولو كان هذا النزول ضمناً بالامتناع عن طلبها.

وهو ما تردد بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التي يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة اقتضاها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إهدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان للتخلي عنها إنهاكاً لقواه، وتهديداً لطاقاتها مؤثراً بوهنها ثم لندثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التي يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعني أن الحق في الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، ويمس مصالحها العليا صونها لقوتها الإنتاجية البشرية.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١/٤ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجازته السنوية، منشأ للحق فيها، ولا تخليه عنها مستطاً لهذا الحق. فليس للعامل خيار في أن يفيد منها أو يعرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشر لها، ويبطل بالتالي كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية أمرة. بل إن ما يقابل الأجازة التي حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإذ دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٥٥؛ من قانون العمل، على أن العامل لا يجوز أن يتخذ من الأجازة السنوية "وعاء ادخاريا" من خلال ترحيل مددها التي تراخى في استعمالها - رأيا كان مقدارها - ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقابلها من الأجر؛ وكان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاه أن يرد على العامل سوء قصده، فلم يجز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وهي بعد مدة قدر المشوع أن قصرها يعتبر كافلا للأجازة السنوية غايتها.

إلا أن هذه المدة التي حدد المشرع لقصاها، ينبغي أن يكون سريانها مقصورا على تلك الاجازة التي قصد العامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان تقويتها منسوبا إلى رب العمل؛ ومنتهيا إلى الحرمان منها فيما يجاوز ثلاثة الأشهر؛ كان مسئولا عنها بكاملها.

ويجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيا كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكنا؛ وإلا تعين أن يعرض عنها بما يعادل - على الأقل - أجره عن كامل هذا الرصيد أيا كان مقداره؛ ذلك أن المدة التي امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازة، سببها إجراء اتخذه رب العمل، وعليه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد حول السلطة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهره؛ ولا أن تتخذ من حاصلتها للعامل موطناً لإهدار حقوق يملكها، وعلى الأخص تلك التي تتصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق في الأجازة السنوية التي لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدوانا على سلامته صحيا ونفسيا؛ وإخلالا بأحد التزاماتها الجوهرية التي يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا

لها، والتي لا يجوز كذلك للعامل أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مسداه؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يخصص للعامل بأن يضم من مدد الأجـازة السنوية التي قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعامل حتى لا يبدد قواه؛ وكان أكثر ما يهدد العامل أن تنتزع جهة العمل بواجبها في تنظيمه لتحول دون حصول العامل على إجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثة التي حددتها الفقرة المطعون عليها- يعتبر تفويتا لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مداه بقدر الأضرار التي رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق في هذا التعويض من الحقوق الشخصية التي تكفلها المادتان ٣٢ و٣٤ من الدستور اللتان جرى قضاء هذه المحكمة على اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرفاها بالتالي إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

#### خامسا

#### حق الجمع بين الأجر والمعاش<sup>(١)</sup>

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

أولاهما: أن العمل، ليس ثرفا ولا يمنح تفضلا. وما نص عليه الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه.

وقد شرط الدستور -بالفقرة الثانية من المادة ١٣- لقتضاء الأجر العادل حتى في الأحوال التي يفرض العمل فيها جبرا على العامل؛ وكان الإسهام في الحياة العامة قد غدا واجبا وطنيا وفقا لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعلا بنص المادة ١٢ من الدستور- أن تعمل على التمكين لقيما الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

(١) لل قضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٦/٧- قاعدة رقم ٤٣- من ٦٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٥ من ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أدائه في نطاق رابطة عقيدة أو علاقة تنظيمية لربط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بحماية الدستور وأجدر.

ثانيهما: أن الدستور وإن كفل للمشرع -نص المادة ١٢٢- الاختصاص بتقرير القواعد القانونية التي توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التي يحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما في ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافآتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التي تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعي للحقوق التي كفلها المشرع في هذا النطاق، يكون مجافيا لحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما في ذلك الحق في معاشاتهم التي تولف أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافي بتقيد الجهة التي تقررت عليها بها.

وهو ما تؤكدونه قوانين التأمين الاجتماعي على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذي تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر للزما ترتب بنص للقانون في ذمة الجهة للمدينة.

وإذا كان الدستور قد خطا بمانته السابعة عشرة خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما في ذلك تقرير معاش لمواجهتهم بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي -التي يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هي التي تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمتحن فيها آدميتهم وبما يوفر كذلك لحريتهم الشخصية مناخها الملائم، ويصلهم بالحق في الحياة من خلال تكفؤ روافدها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين في معاشاتهم التي قام الدليل على استحقاقهم لها، نافيا لحقهم في الأجر عن أعمال جديدة دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا ومبدا.

فبينما يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا للحق في المعاش؛ فإن الحق في الأجر يرتد في مصدره المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق في المعاش -وفقاً للقواعد التي تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها، عن مدد خدمة أمضاها أصحابها في الجهة التي كانوا يعملون بها، وألوا عليها حصصهم في التأمين الاجتماعي.

ولا كذلك الأجور التي يستحقونها من الجهة الجديدة التي تعاقدوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهي كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق في اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلاً عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلاً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ في ذمة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلاً عن اختلافهما مصدراً؛ ومن ثم ينحل العدوان على أيهما إخلالاً بالملكية الخاصة التي كفل الدستور أصل الحق فيها.

#### سلامة

#### مرافقة أحد الزوجين للأخر<sup>(١)</sup>

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، ينص بما يأتي:

"مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل، ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص".

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٧- من ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المتوفية، الترخيص له بالمفر لمرافقة زوجته المتعاقدة بالمعوضية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض منحه هذا الترخيص بناء على السلطة التقديرية التي يملكها وفقاً لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

فرفع الزوج بحكم دستوريته أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جدية دفعه فى النزاع الموضوعى.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تأسيساً من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -من خلال الأسرة التى كونها- يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، يتكاملان بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نيتها مترامياً على طريق نعمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكداً حق الشريكين فيها، فى أن يتخذاً من خلالها لى قراراتها وأوقتها اتصالاً بمصائرها، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها، لتظهر الحياة العائلية فى صورها الأكثر تألقاً وتراحماً.

وتعين بالتالى ألا ينفصل الحق فى تكوين أسرة، عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلباً فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها، والتى لا زال الدين يشكلها فى الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التى يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقاً لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطاتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التى يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو للدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، على ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج المسافر من العاملين فى الحكومة أو فى القطاع العام أو الخاص.

وفى عدا هذه الحالة التى يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح العامل أجازة خاصة للأسباب التى يبينها -على ما ينص عليه البند الثانى من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين في الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل المتزوج في صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق أوصال الأسرة أو تشييتها وبعثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتواجدان معا، بما يترتب سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والبدنية، ويقلص الفرص الملائمة لتعليمهم، وإعدادهم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطعون فيه-، خول الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها في منح الإجازة الخاصة التي يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التي أذن لأيهما بالمفر إلى الخارج؛ وكانت الأسرة التي حرص الدستور على صون وحدتها، وأقامها على الدين والخلق والوطنية، هي الأسرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحماية التي كفلها الدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعي، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بواقعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفي خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومنطلقاتها، نائيا بها عما يقوض بنيانها، أو يؤول إلى انحرافها، وإلا كان ذلك إخلالا بوحدة التي بناها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحو يكون فارقا لبنيان الأسرة، نافيا تلاحمها، مقيما شريعتها على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقق بإعمال الجهة الإدارية التي يتبعها عضو هيئة التدريس لسلطتها التقديرية للمخولة لها بمقتضى نص المادة ٨٩ المشار إليها.



### المبحث السادس

#### اتصال الرقابة القضائية على الدستورية

##### بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتخلق المحكمة للدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولي العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء في ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -رغم قواعد اتفاقية ارضتها الدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعرافها التي تولد عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التي لا يجوز تعديلها *Jus Cogens*.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولي العام، في أنها لم تعد -في صورها الأكثر شيوعا- تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقم في عديد من تطبيقاتها مسائل تنسم بطبيعتها الشاملة، ويحاطتها بمصالح عريضة تتوافق عليها الدول في مجموعها، ويتصدىقا على معاهدة دولية تشرع لها أو انضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائما شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر في الأعم في شكل إعلان أو ميثاق تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة. فلا يكون ملزما كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التي يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره انضماما إليها في مجال العمل بها وإنفاذها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة القواعد العرفية التي تركز في مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال اطراد تطبيقها، والانصواع للكثير للقانونية التي ترتبها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة في مداها، بالنظر إلى اتساعها وعنايتها بحقوق طال إهمالها أو لدول عليها. ويندرج تحتها القواعد التي تضمنها التنظيم الدولي في شأن سيطرة الدول النامية على مواردها الطبيعية؛ ومكافحة أشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزا ضد المرأة؛ أو بناء على العنصر؛ أو في مجال التعليم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير خلقى ينال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضروريا لحياتهم.

ويخطط التنظيم الدولي خطوة تقدمية في مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

وينظر التنظيم الدولي كذلك إلى الحل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التفريط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل في حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجاء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطيقون..

ويكاد التنظيم الدولي أن يحيط بحقوق الفرد وحياته بصورة شاملة تسعى في كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فريدة وجماعية لضمانها، وعلى الأخص في مجال الحرية النقابية وسياسة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق في التنمية، وتعميق أدولتها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمي والتكنولوجي لخير البشرية.

وقد يبدو غريبا أن تكون حقوق الفرد وحياته التي يتضمنها التنظيم الدولي، هي ذاتها -على الأقل في حدها الأدنى- المنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينبغي أن حقوق الناس وحياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم في رقعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقدر ثرائهم أو حقيقة مجتمعتهم. ذلك أنها تتصل بالأممهم، ومردّها إلى خصائصهم التي ينفردون بها بوصفهم بشرا خلق حرا طليقا، ضاريا في الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولي، وإن أحاط بحقوق الفرد وحياته، إلا أن دائرة هذا التنظيم لا تتطابق مكنزتها مع الدائرة الوطنية التي نقابلها، والتي تقع الدساتير الوطنية في نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التي تكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحياته، لا تزال أقل في أشكالها وفعاليتها من تلك التي قننتها المواثيق والمعاهد الدولية.

### المطلب الأول

#### المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والشائعة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقوتها، والرقابة على دستوريتها، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان التحفظ على بعض نصوصها، والآثار القانونية المترتبة على التنصل من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها بآفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عنصرا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحقتها لكل جديد في العلوم والفنون التي ترتبط بنطاق سريانها وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

### الفرع الأول

#### المعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول فسي موضوعها تنظيما لمسائل بنواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا أم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلا لخطابين<sup>(١)</sup>.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية 'دستورية' - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - مساعدة رقم ٢٩ - من

٥٠٩ - ٥١٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفرع الثاني

#### المعاهدة الدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨-وعملًا بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفًا فيها، نلزم المعاهدة الدولية للدول أطرافها، كل في نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغي أن تفسر أحكامها في إطار من حسن النية، ووفقا للمعنى المعتاد لعبارةها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكما توخت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة في شأن الحقوق التي حددتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كاتفاقهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعي، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجوز بالتالي تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعض لأحكامها يناقض تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية المعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها في هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقبتين، وبتراضيهما معا<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك وفقا لقواعد القانون الدولي العام أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال المعاهدة للدولية التي تكون هي طرفًا فيها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق الشخصية؛ وإن كانت الحقوق التي رتبها المعاهدة للدولية وكذلك التزاماتها، لا تسرى إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الوارد بها -ولما كان مضمونه- منصرفًا إلى مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ - ص ١٥٠ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦/٢/١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٧٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفرع الثالث

#### المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تقضى المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتسم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة تكون لها قوة القانون.

بينما تصرح المادة ٥٥ من الدستور للفرنسي لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité supérieure à celle des lois مع للحفاظ بشرط تطبيقها من قبل السدول الأخرى المعتمدة أطرافها بها.

Sous reserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهدا دوليا يتضمن بندا أو شرطا مخالفا للدستور، فإن الترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

L'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la revision de la constitution.

### الفرع الرابع

#### المعاهدة الدولية: الرقابة على دستوريته

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفا فيها من جهتين:

أولاهما: من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلا عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة؛ أو يكون

(١) يلاحظ أن المجلس الدستوري لا يتصدى من تلقاء نفسه الفصل في دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسي حصرا وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وستون نائبا أو مستون شيخا على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفا؛ أو متضمنا تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التى تتعلق بحقوق السيادة التى تملكها؛ أو التى تحمل خزنة الدولة بصفة غير واردة فى الميزانية<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تلوه. وهى تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالى إعفاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التى نتناول أصلا كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التى تعبر عن إرادة مواطنيها فى مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفى، والمعاهدة الدولية المشبهة به فى الحكم، سواء فى مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

#### الفرع الخامس

##### المعاهدة الدولية: التحفظ عليها، والإسحاب منها

٢٢١ - الأصل فى كل معاهدة دولية، هو جواز التحفظ على حكم واردة بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه فى مجال سريانه على الدولة التى صدر التحفظ عنها، ودون إخلال بتقيدها بباقي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك لاسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفا لسريانه فى مواجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحتج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها فى المعاهدة، مقررّة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها Peremtory Norms of General International Law ، كذلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة فى روابط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها فى الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ تظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد -لا لأنها مقررّة فى المعاهدة الدولية التى كفلتها- وإنما لأن قواعد القانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق Jus Cogens، هى التى تحل محل القواعد التى تقابلها فى المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

(١) هذه المعاهدات مبيّنة حصرا بالفترة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها ليشمل الدول جميعها التى تتقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها فى أية معاهدة دولية دخلت فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السادس

#### المعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ - لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظيمها للعلاقات الخارجية. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها - لا فى الميدان الداخلى - بل على صعيد روابط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التى تصون بها سيادتها ومصالحها العليا؛ إلا أن كل معاهدة دولية لا تعتبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك - وبصفة تلقائية - كل اتفاقية يجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقاً لنص للفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك فى صحيح تكيفها، بالنظر إلى أوصافها التى يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها؛ وبمراعاة أن تأييدها على الرقابة القضائية، سرده أن تقييمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموازين تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتساح أو يتعذر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالى بالقواعد الإجرائية التى تحيط بالمعاهدة، والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقاً للأوضاع المقررة<sup>(٣)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٢٩ ص ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات الصلح والتحالف والملاحة والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضي الدولة، أو التى تتعلق بحقوق السيادة، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الميزانية. أما غير هذه القائمة من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقضى بأن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسبها من البيان.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ ص ٤٢٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال المياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التي لا تشملها رقابتها، اتفاقية النفاق المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحداثها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لنحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها انتقالاتها بين أقاليمها، مع إعفائها في مسائل بذواتها حددتها هذه الاتفاقية حصراً، من الولاية القضائية للدولة التي تتواجد فيها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

#### المعاهدة الدولية: تنفيذها

٢٢٢- وتعطى المحكمة الدستورية العليا أهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية فى النطاق الداخلى، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان يتخله على هذا النحو، لازماً لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية<sup>(٢)</sup>، والتي يندرج تحتها مسئوليتها عن اتخاذ التدابير التي ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعاية الغير الموقعة فى ١٩٥٠/٣/٢١.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفاً فيها، وألزمها بتقرير النصوص القانونية لتي يقتضيها إنهاء الدعاية بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعياً للقضاء على شر الاتجار فى الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخياً بأحكامه، فرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣ -ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

ويلاحظ أن المحكمة تشير فى هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التي تنطبق أصلاً فى المجال الإدارى. ولكنها عدلت فيما بد عن هذه التسمية، وأبدلتها بنظرية الأعمال السيادية التي ابتدعتها القضاء الدستورى.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ -قاعدة رقم ٩ -ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة.



للدعارة، سواء في ذلك ما تعلق بالتحريض عليها أو للمساعدة فيها، أو استغلالها أو احتراقها، أو بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيها لتسهيلها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤- ينبغي النظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتتطلبها وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها في مجموعها، كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول في اعتبارها عند إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا تجوز تجزئتها بالتالي، بل تعامل المعاهدة في تمام أحكامها، بوصفها كلاً غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل في كل معاهدة دولية، إلا أن قيدها ما يرد على هذا الأصل. ذلك أن المعاهدة الدولية في أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة. فيما بينها، وإنما تتفرق المسائل التي تنظمها فيما بينها وتبتل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها المتفرقة بوصفها صفقة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفاً عن غيره، فلا تتدخل هذه العناصر أو تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فالاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل متفرقة يندرج تحتها تنظيمها للبحار الإقليمية، والمناطق المتاخمة، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جرفها القاري، ولأوضاع الدول المحصورة، و المتضررة جغرافياً.

وتفرد الاتفاقية لكل من هذه المسائل، النصوص القانونية التي تخصها وتحكمها، استقلالاً عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر إلى هذه الاتفاقية في مجموع أحكامها بوصفها صفقة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ -

من ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

إذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافاً في معاهدة دولية على معاملتها كصفة متكاملة، فإن جواز تجزئتها لحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهي إرادة لا يجوز التزاعها، ولكنها تستبطن من مجموع العوامل التي أولتها تلك الدول اعتبارها عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤداه أن القاعدة الأولية التي تحكم المعاهدة الدولية، هي وحدة نصوصها، وامتناع تجزئتها على ما تقتضيه المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن معنى إحدى الدول -بناءً على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو للانسحاب منها أو لتعليق تنفيذها، لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة في مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكناً -في مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها في مجموع أحكامها كشرط لتأييدها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، نعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجافياً للعدالة<sup>(١)</sup>.

### الفرع التاسع

#### المعاهدة الدولية: وحرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التي يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء القواعد الإجرائية المقررة لنفاذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاقدة احترام تعهداتها التي أنشأتها المعاهدة ما ظل سريانها قائماً، إلا أن ذلك لا يضمن على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقشتها ونقداء رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هي حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها في إطار ضوابطها. وهي بعد حرية تدعمها المادة ٦٢ من الدستور التي تقتضي بأن إسهام المواطن في مباشرة حقوقه وحرياته العامة، يعتبر واجباً وطنياً، ولا يجوز

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية- جملة ٦ فبراير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٣ -ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة ككلها المستور هى حرية فى التعبير عن رأيه، سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور كالحق فى تكوين أحزاب سياسية أو الانضمام إليها، بل تتكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسسيها أو قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر و إسرائيل، أو للحض على أعمال تتعارض معها، أو الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه ينقضها، كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقدين لها فى التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومؤبدة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بما يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٤٧ و٤٨ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

#### حقوق غير المواطنين فى حدها الأدنى وصلاتها بقواعد القانون الدولى العام

٢٢٦- من المقرر أن الدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل فى ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها المشرعى ضد العدوان عليها؛ وتكافؤها قانونا مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازنها واجباتها التى تمنعها من التدخل فى الشؤون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة الفلال ضدّها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقا لفض نزاعاتها.

وتكل النظرة المتعمقة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بملو قواعد القانون الدولى وسيادتها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تعاون مع بعضها البعض لضمان تقدمها، ولبناء أسس سليمة لحسن الجوار تنهى بها فرص تعاضدها وتدخل مصلحتها.

(١) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقم ١٦ ص ١٠٤، ١٠٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "ال قضية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ ص ١١٠ - ١١٣ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، ونكافئها في الميادة، وإن خول كلا منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تملئها توجهاتها الاقتصادية وسياستها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز للقول بإطلاقها؛ وإنما تقدها القواعد الأمرة التي ارتضتها أسرة الدول ملوكا لأعضائها يبلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤداه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها *The international minimum standard*، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم إلا على ضوئها.

وكما كان العمل الصادر عن للدولة متضمنا اغتيا لا للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديدا لأثارها، أو كان دالا على سوء نيتها، أو إخلالها قصدا بواجباتها، أو منحرا بوجه عام- بمعاملتهم إلى مادن مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية- لازما. <sup>٢</sup>

وما يقول به البعض من إعمال إحدى الدول للمعايير الدولية التي يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل في شئونها، مردود أولا: بأن الحقوق التي تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تتصل بحقوقهم في الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم وسمعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، وبضمان حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقرماتها.

وهي بعد حقوق تنظمها تلك القيم التي تنقسمها الجماعة الإنسانية، والتي لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا القول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنيا كان أم أجنبيا- بوصفه بشرا سويا.

ومردود ثانيا: بأن الضوابط التي تطبقها هذه المحكمة في مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإحكام إحدى الدول نفسها في الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن أثار ذلك مسئوليتها وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

ومردود ثالثاً: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر سريلاندا على من يكون منهم فرداً، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها. وإهمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تدخل مصالحها، مع غيرها، ويخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي ارضتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- نفسيتها.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل. ولا يحو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقاً لقواعد القانون الدولي.

ومردود رابعاً: بأن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من يطلبها أجنبياً- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظوراً تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فرداً أو جماعة أو تنظيمًا، أن ينال من الحقوق التي تتصل بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بإيراد فيود في شأنها تجاوز تلك التي ترتضيها الدول الديمقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية للشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومردود خامساً: بأن المعايير الدولية المتقدمة بينها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأتيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد نقل عن تلك التي أنتجتها ولقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التدخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضرورياً لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، ودولهم، مقبولاً.

واستصحاباً لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -بمقتضى قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلاناً في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقررة سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تتقيد فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وتملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفق القيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى تنسب لقررتها الموائيق التى تنظمها.

ويتفرع حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بذواتها فى غير أوطانهم بما فى ذلك حقهم فى اختيار وكلائهم أو كفلائهم فى مجال تسييرها - عن جواز مباشرتها قانوناً. فكلما خولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلائمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطفونهم لتقتهم فى قدراتهم<sup>(١)</sup>.

٢٢٧- ويقع حق التقاضى وحق الملكية فى نطاق الحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبياً- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من للنظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقيم بها؛ والتى يلزمها بالضرورة -من أجل اقتضاها- طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها. .

(١) 'دستورية عليا' -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -مساعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق في الدعوى موعلى ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور - إلا مكفولا للناس جميعهم - وبلا تمييز - كى توفر الدولة للخصومة القضائية فى نهاية المطاف، حلا منصفاً يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها، تحاملا عليها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين فى الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقاً للنظم القائمة.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن للدولة - وبناء على ضرورة فرضها أو ضاعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية - أن تفرض قيوداً فى شأن الأموال التى بحوزة لغير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التى يجوز لهم التعامل فيها، فلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

وللدولة السلطة الكاملة التى تقيد بها حق غير مواطنيها فى تملك أموال بذواتها. ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تحذل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجحد الدولة حق غير مواطنيها فى اللجوء إلى قضائها للدفاع عن حقوقهم التى كفلتها القوانين الوطنية؛ أو التى تجد ضمانها فى الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل اقتضاها، أو إرهابها الحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو فى واقع وحقيقته القانونى، إنكار للعدالة تقوم به مسؤوليتها الدولية التى لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردها إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إنكار الحق فى الترضية القضائية، سواء بمنعها إبداءً، أو بتقويض فرص اقتضاها، أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معينة بصسورة جوهرية، لا يعدو أن يكون إهداراً للحماية التى يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التى يكفلتها؛

وهذا للعدالة في جوهر خصائصها وأفق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج<sup>(١)</sup>.

---

(١) 'تسوية عليا' - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية تنازع - تنازع جلسة ١٢/١٧/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية 'تسوية' - جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٩ - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.



المبحث السابع  
قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية  
في تشكيلها وبين مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية العليا عريضا في كثير من المسائل التي ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمان حرية التعاقد، والحقوق في العمل. ذلك أن الحق في التنمية يرتبط بإثراء روافدها وتعميق أدواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا أم أجنبيا. ولا يجوز بالتالي أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرة؛ بما ينال من تدفقها أو يعطل حركتها دون مقتضى.

ولأن الملكية الخاصة تمثل في علاقتها بالتنمية أهم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التي كفلها الدستور لها، وأن تحول -بأحكامها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -برالرغم من حيوية وظائفها- إلا أن الملامح الاشتراكية لهذا الدستور التي أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطني للقوى الشعبية، كان لها ظلها القاتمة على الحياة النيابية<sup>(١)</sup> والاقتصادية في مصر<sup>(٢)</sup>. ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التي تتناقض -في تقديره- ضرورة للسيطرة على رأس المال الخاص في مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التي أهمل للدستور النص عليها، هي ذاتها التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقرّر في أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها في مواجهة صور العنوان على البدن. وإنما تقع في نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يحمل أحد على القبول بما لا يرضاه.

(١) من بين هذه المفاهيم أن يكون للعمال والفقّاحين في المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نسيم لا مقابل له في النسخة المقارنة جميعها، وبذلك على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قبضتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغائية ليس لها من صلة بإرادة الاختيار، التي ينبغي أن يملكها كل مواطن بلا قيد.

(٢) من بينها ما نص عليه الدستور من أن العمال مكاسب اشتراكية، دون أن يعني بيان هذه المكاسب التي لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تسليط مزاياما على العمال بخير جهد من جانبهم.

المطلب الأولحق الملكيةالفرع الأولمفهومها

٢٢٩- تنفرد الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عيني أصلي. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، وأوسعها نطاقاً، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية المعبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد؛ وكانت الحقوق الشخصية هي التي ترتبط بمدى معين أو بمدنيين معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدلائل لها؛ إلا أن التمييز بين الملكية الفردية، وبين الحقوق للشخصية على هذا النحو، لا ينال من كونها من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التي تقع على عقار - بما في ذلك حق الملكية - تعتبر مالا عقارياً. أما الحقوق العينية التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق للشخصية - أيًا كان محلها - فإنها تعد مالا منقولاً.

ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية التي تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة في سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مغتصبها<sup>(١)</sup> إلى الحقوق للشخصية والعينية على سواء، ذلك أن التفريق بينها في مجال هذه الحماية، يناقض مقاصد الدستور.

الفرع الثانيجذورها

٢٣٠- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعي.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٨٤

- ١٨٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة

رقم ٧ - ص ١٣٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنيا أو أجنبيا- ولم يجز الإخلال بحرمتها إلا استثناء، وفي حدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والجهد والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إيمانها؛ وبالعملية التي أحاطها الدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، ولإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بثمارها ومنتجاتها -ملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يناجز سلطته عليها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، يعتصم بها من الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، -تقيها تعرض الأغيار لها (١).

### الفرع الثالث

#### أهميتها

٢٣١- حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها، ويقرر تعدد روافدها وتنوع استخداماتها، تنسج قاعدتها، لتشكل نهرا دافقا بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفریط فيها، أو بحرثها تبديدا لقيمتها.

### الفرع الرابع

#### القيود عليها

٢٣٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تنفرع عنها، وضرورة تنفيذها نأيا بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقا مطلقا في إطار النظم الوضعية التي تزوج بين الفردية وتدخل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم مبالغ -تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

(١) 'دستورية عليا' -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية 'دستورية' جلسة ١٢/٣/١٩٩٤- لقاعدة رقم ٣٠ -من ٣٩٠ من الجزء السادس، والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية 'دستورية' -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -من ١١٦ من الجزء السابع.

وهى قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التى ينبغى أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه للدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجح من بينها ما يراه أكفـل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهدفاً فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تتحاز إليها الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها؛ ويمرعاة أن القيود التى يفرضها للدمستور على الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة التى ارتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغى أن يكون واقعا فى حدود منطقية لا تكون الملكية معها سرايا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تعين القول بأن تنظيم الملكية لا يجوز أن يكون منتهايا يمداه إلى حد أخذها من أصحابها - لاعتن طريق نقل سند ملكيتها إلى أغيار - بل من خلال تقويض قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هى المزايا التى تنتجها، فإذا نقض المشرع عليها، صار عدوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالى لقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو اقتحامها أو امتصاصها، ولو ظل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال محلها.

وكما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظيفتها الاجتماعية، كان ذلك التقافا محظورا حولها، ولو تزع المشرع بتوجيه بعض الأوضاع الاقتصادية بقصد إعادة ترتيبها.

ذلك أن صون الديمستور للملكية الخاصة مشروط ألا تكون منطقية على الاستغلال وألا تتأقضى طرق استخدامها للخير العام لجموع المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط، مصادرتها أو تغليبها، ذلك أن وجودها وزوال جوهرا، لا يتلاقيان <sup>(١)</sup>.

ولم يعد جائزا بالتالي أن يجرى المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرها ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها؛ ولا أن يغير من طبيعتها؛ ولا أن يدمر أصلها؛ ولا أن يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تملئها وظيفتها الاجتماعية.

ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غسبا وانتاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها <sup>(٢)</sup>.

### الفرع الخامس

#### منابئها الشرعية

٢٣٣- لا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية التي لا تبدل فيها، تنظيم الملكية، ذلك أن الأصل في الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستخفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها لإضرار. يقول تعالى: <وأنفقوا مما جطكم مستخلفين فيه>.

وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها في الباطل، وتكليفا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينالها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق الغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولى الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان شارا محضا يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - ص ٥٨١ - ٥٨٢ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٧ - ٥٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

فإذا تزامم ضرران، كان تحمل أھونھما لازماً لتقاء لأعظمھما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبني بالتالي أن يكون لحدق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر. ذلك أن الملكية خلافة. وهى باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التى تعكس بالقيود التى تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها. وهى حدود يجب التزامها لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفلها الدستور لها<sup>(١)</sup>.

#### الفرع السادس

##### سقوط الحق فيها

٢٣٤- لحدق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق العينية -الأصلية منها والتبعية- تتمثل فى أن الملكية وحدها، هى التى تعتبر حقاً دائماً.

ونقتضى طبيعتها هذه، ألا يزول الحدق فيها بعدم الاستعمال، أياً كانت المدة التى يخرج فيها للشيء من حيازة مالكه. فلا تسقط الملكية، ولا للدعوى التى تحميها بالتقادم. بل يجوز لصاحبها أن يقيم دعواه باستحقاقها، ولو طال زمن خروجها من يده، ما لم يكن غيره قد كسبها وفقاً للقانون<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع السابع

##### فرض الحراسة عليها

٢٣٥- لا يعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالهم للحراسة، فى مركز مغاير لغير المشمولين بها فى مجال طلبهم استردادها من الدولة.

(١) "دستورية طيا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١ -ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) الحكم السابق -ص ١١٣٤؛ والحكم الصادر فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٤ -ص ١٩٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ولا يمايزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها هي خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التي فرضتها الجهة الإدارية في شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا، وهو ما يعد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور وقد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتثها من منابئها حتى لا نصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن يتعلق بها التزام بعد أن هدمها للدستور، وأعدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يسوغ بالتالي أن تؤول واقعة طمسها الدستور، إلى الانقاص من حقوق هؤلاء الذين ناموا بعينها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عمد ترفعها، ولا من كيان يقيها، ولا قرار لها، بل تنهدم من أساسها لتنفذ وجودها من مينئها، إذ هي ساقطة في ذاتها، فلا وضع لها، ولا اعتداد بها، وحسبها أنها غير شيء.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون بحقوق يستقلون بها، ولو كان من حرموا منها يساونهم فيها؛ وكان الأصل في الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتراخي في استعمالها أمدا، ولو كان بعيدا، بل يظل صاحبها متمتعا بالحق في حمايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية التي أضافها الدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر في الملكية الفردية كحق عيني أصلي تنفرد عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر أوسعها وجامعها؛ وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها -دون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصا لم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيتهم الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضائاتها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة سواء في مجال التداعى بشأنها، أو للدفاع عنها، أو استدلائها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزا غير مبرر فى شأن أعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيدھا، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة فى حقوقهم المدنية و التزاماتهم؛ وكان ثابتا كذلك، أن طرق الطعن فى الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلال سبل تقويم اعوجاجها، وإنما هى فى واقعها أوثق اتصالا بالحقوق التى نتناولها، سواء فى مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها علنا أصلا إلى انفتاح هذه الطرق أو إغلاقها، فإن التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Identically Situated فى مجال النفاذ إلى فرصها، يكون محظورا.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتها، وإنما تخالفها -ولو فى بعض العناصر التى تكونها، وبافتراض مشروعيتها جميعها- لتتألف أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالى أن تكون واقعة فرض الحراسة فى ذاتها على أموال الأشخاص الطبيعيين، مدخلا إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن اندماجها لا يضيفها إلى أيهما<sup>(١)</sup>.

على أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقا للحرية الفردية يرفعى مقوماتها، ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن الدائرة التى تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغى قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقا بذاتيتها.

### المطلب الثانى

#### حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التى لا تقتصر الحماية التى يكفلها الدستور لها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، ولكنها تتسع لتشمل إرادة الاختيار وسلطة التقرير التى يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائنا يحمل على ما لا يرضاه، بل بشرا سويا متكامل الشخصية.

(١) "دستورية عليا" -الضمنية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ من ١٢٩ من الجزء السابع.



بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطورا لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقا موصوفاً A qualified right.

ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يذيقها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقتها مما يحد من أنفعاتها، وردمها إلى ضوابط لا يملؤها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون (إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض) (١).

ومن ثم لا تعني حرية التعاقد، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يرعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية بنص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وتقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجملة ١٨ مايو ١٩٩٦ - نشر هذا الحكم في ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع - إن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطقاً للحرية الفردية يرعى جوهر خصائصها ويكفل مقوماتها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها كالحق في اختيار الزوج وأن يتخذ الشخص ولداً.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل.

ولا زال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيميا جماعيا ثابتا Contracts Collectifs التي تتعلق بالتنظيم النقابي<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية التعاقد -فضلا عن كونها فرع من الحرية الشخصية يتكامل معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، ألا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها، أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن للسلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط بعض جوانبها بقواعد أمره لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسعها أن تدمر الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعدد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها- والتي تولد انفعالاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق المصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ -ص ١٥١ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٦ من الجزء الثامن.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التي يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، أي كانت موافقه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التي يحميها الدستور -من خلال أحكامه- هي الأولى بالاعتبار، وينبغي تطبيقها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التي يكتفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كمسبها التي تعد سببا لتلقيها أو لانتقالها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التي نملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغيار من عناصرها، هي التي قصد الدستور إلى صونها، ولم يجز المصالح بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية السليمة التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي للنظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيما وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن ذواتهم، وتوكيدا لحدود مسؤولياتهم عن مسور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمنا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن الأصل في العقود -باعتبارها شريعة المتعاقدين- تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها- هو ضرورة تنفيذها بحسن نية في كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد، فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقترن بأيهما.

ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزاء إخلال المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما، وهي تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسؤولية جنائية، فلا يكون لاجتماعها منافيا للدستور.

(١) 'دستورية عليا' -ال قضيه رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية 'دستورية'- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٤٣، ٩٤٧. من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

وكلما فرض المشرع جزءاً جنائياً على واقعة إخلال المدين بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدره المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفاً للدمتور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التي ولجها، بما ينفي التجهيل بها<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر كذلك أن الترخيص لغير المواطنين في امتحان أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من يباشرونها في اختيار وكلاء عنهم ينوبون عنهم في إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة في مجال مباشرتها؛ والتي لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحداً أو جماعة أو تنظيمًا سياسياً، أن ينال من الحقوق التي تقارنها ولو كان من يطلبها أجنبياً.

فضلاً عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار - على ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها - تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويقرع الحق في إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانوناً. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شؤونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لنقتهم في قدراتهم<sup>(٢)</sup>.

(١) «مستورية عليا» - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «مستورية» - جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٥ - ٨٥٦ من الجزء الثامن.

(٢) «مستورية عليا» - القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية «مستورية» - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

### المطلب الثالث

#### حق العمل

#### الفرد الأول

#### خصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التي تقبضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، ليتحدد على ضوءها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتزم الطريق إليه من المواطنين، وواجباً عليهم أدلوه، وحقاً لا ينهم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهراً، بل يستبر أدلوه واجباً لا ينفصل عن الحق فيه؛ ومندخلاً إلى حياة لائقة قوامها الاطمئنان إلى غد أفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة؛ كافلة تكامل الشخصية الإنسانية واستثارة قيم الخلق والإبداع؛ نائياً بأوضاع العمل عن رتائنها وآلياتها وجودها؛ لا ينفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهياً لكل طارق<sup>(١)</sup>؛ نابذاً الإخلال بالشروط المنطقية التي يقتضيها، بما في ذلك أشكال التعامل التي تضر بقيمة العمل، وتحمل العمال على التخلي عن واجباتهم؛ أو على الأقل تنهيه عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضاها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومنظها بالضرورة ألا تتساقط المزاي التي ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويمانلها، وإلا كان عيوها فلاحاً، وإضرارها بالثروة القومية عميقاً.

وكما كان العمل مبره من الاستقلال، وغير مقترن بمزاي لا يرتبط عقلاً بها، صار طريقاً لتحرير الوطن والمواطن<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٦٢ لبند ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٥٠٠ - ٥٠٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٣٦٤ - ٣٦٥ من الجزء الثامن.

وعلى الأخص إذا كان ذهنيا قائما على حرية الخلق والإبداع، ومنتها إلى تطوير أشكال من الحياة بما يثريها، ويكفل تحقيق الأغراض التي تنص عليها المادة ٤٩ من الدستور التي صاغها لضمان حرية الإبداع فنيا وأدبيا وثقافيا بما في ذلك حرية إجراء للبحوث العلمية التي تنفرد عنها فضلا عن استبصار ومائل تشجيعها - مؤكدة بذلك أن لكل فرد مجالا حيويا لتطوير ملكاته وقدراته، فلا يجوز تقييدها أو فرض قيود جائرة تحد منها.

ذلك أن حرية الإبداع تمثل جوهر النفس وأعمق معطياتها. وصقل عناصر الخلق فيها وإنكاؤها، كافل لحيويتها فلا تكون بائدة أو هادمة. بل إن التقدم في عديد من مظاهره يرتبط بها<sup>(١)</sup>. وليس إهدار عناصر القوة البشرية أو تقييدها أو تقييدها، غير تبديد لطاقتها، وإعراض عن استثمار ملكاتها، بما يثير اضطرابا داخل مجتمعا، ويخل بما ينبغي أن يتوافر فيه من ضوابط التوازن بين من يملكون فرص العمل، ومن يسعون للنفوذ إليها حقا وعدلا.

ولا يجوز على الأخص -على ضوء ما تقدم- أن يظل المعوقون مؤاخذين بعاهااتهم وعوارضهم لا يملكون دفعها أو تقييدها.

ذلك أن تنظيم أوضاع المعاقين -وطنيا كان أم دوليا- توحي دوما ضمان فرص يتخطون بها عواقبهم، ويتطلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسماهم في الحياة العامة ممكنا ومنتجا. يؤيد ذلك أن نواحي القصور التي تعرض لهم، مردها إلى عاهااتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تنال بقدر أو بأخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى بعد تأهيلهم مهنيا، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الطول المبصرة. بل تكون مجابهتها، نفاذا إلى أصعاقها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودا، وأوثق اتصالا بأممتهم.

وكان لازما وقد تعذر على المعوقين "عملا" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكثولا "قانونا" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص في مجال مزاولتهم لأعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، على أن توازن متطلباتها بعوارضهم التي تنال من قدراتهم عضويا أو عقليا أو حسيا، للتضاعل فرص اعتمادهم على أنفسهم.

(١) القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٨/٣٧ -ص ٥٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل، لا يعتمدون في ذلك على نوازح الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم، تمنحهم عوناً، وتقللهم من عزائهم.

وليس ذلك تمييزاً جائراً يفاضل بين المعوقين وغيرهم ليجعلهم أشد بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التي يقوم للدليل جلياً على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليهم توازننا اختل من خلال عوارضهم.

ونلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيدا لجدارته بالحياة اللائقة.

يدعم ما تقدم، أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها  
Legislators may select different persons or groups for different treatment, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها.

فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها. بل يجب أن تُمد مدخلا إليها Appropriate means to the attainment of justifiable ends.

بما مؤداه أن حق المعوقين في فرص العمل التي ألتحقها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين، تأخذ واقعهم في اعتبارها، ولا تتجنى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لنقدم لهم عوناً يلتزم ولوضائعهم، فزولا على حكم الضرورة، وبقدرها، فلا يغمطون حقاً.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشاً يكون بديلاً عنها. ذلك أن طبيعة عوائقهم -وأيما كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تتأقض حقهم في حياة ملائمة يتخطون بها صعابهم، وتكون كرامتهم قاعدتها؛ واعتمادهم على أنفسهم منخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزاراً ينوءون بها.

### الفرع الثاني

#### الشروط الموضوعية للحق في العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بفواتها. ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها<sup>(١)</sup>.

وإذ كان لكل حق شروط يقتضيها وأثار يرتبها، من بينها في مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التي يكون أداء العمل في إطارها إنسانياً ومنصفاً وموائماً، فقد تحدى ألا تتزعزع هذه الشروط قسراً من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها انحرافاً بها عن مقاصدها ليكون مبناهما التحامل؛ أو لتناقض بفحواها ما ينبغي أن يرتبط حقاً بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزءاً منصفاً لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موقوفاً بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها، ولو لم

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص: ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص: ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ - ص: ٣٠٩ من الجزء السادس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص: من الجزء السابع.



يتخذ التمييز في نطاق هذه الشروط، شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرًا في الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن التعامل في شروط العمل وظروفه، يعنى عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو تحرلها.

بما مؤده أن الشروط الموضوعية وحدها، هي التي يعكس بها في مجال تقدير العمل وتحديد أجره، والأحق بالحصول عليه؛ والحقوق التي يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تقع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم في أداء العمل؛ وألا تتلخص مباشرته العقيدة التي يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهابًا وأقل أجراً. فلا يكون منتجاً، ولا كفافاً لضمانة الحق في الحياة واحداً من أهم روافدها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الأثر القانوني المترتبة على الحق في العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقاً، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثراً، وألا يمنح تفضلاً؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضاً لحواه؛ ولا نوع أو أجر العمل طارداً للراغبين في الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختياراً حراً؛ متوخياً دوماً- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أوضاع الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، على أن تدعمه برامج رائدة تزيد من خبرة العمل وتنميتها، وتعين على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهاماً وطنياً، وواجباً<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٣ -ص

٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -ص

٦٤٣ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق الصادر في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -ص ٥٥٩ من الجزء السابع.

### الفرع الرابع الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل في العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملا، إلا أن يكون ذلك تديرا استثنائيا مقررًا بقانون، متوخيا مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستقطلة- ما يقتضى التعاون على دفعها؛ ومن حدة طروئها ما يحتم أن يكون العمل تكليفا، وموقوتا. فإذا كان مؤبدا، تعذر أن يكون مبررا بالضرورة لبا كان مداها، ولو كان بمقابل عادل، وغدا لونا من المخرة التى دمجها الدستور بمجافاتها للحق فى العمل باعتباره شرفا. ذلك أن السخرة، نقيض اختيار العمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٢ من الدستور لأداء العمل جبرا، أن يكون مقيدا بزمن محدود، وبمقابل عادل، وفى حدود القانون، ولازما لإشباع غرض عام. فلا يساق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تقتضى شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها. وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء العمل<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس الحق فى الأجر العادل

٢٤١- لا تنفصل عدالة الأجر عن الأعمال التى يؤديها العامل، سواء فى نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، ليكون التمايز فى أداء العاملين لديها، مدخلا إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هى التى يعتد بها فى تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها، والحقوق التى يتصل بها، ولشكل حمايتها واقتضاها.

ولا يكون الأجر مقابلا للعمل إلا بشروطين:

أولهما: أن يكون متناسبا مع الأعمال التى أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتعقدتها، وزمن إنجازها.

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٩/١ - قاعدة رقم ٥٣ - ص ٨٣٧ - ٨٣٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناط التقدير موحدا، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافا حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤداه أن قاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كافة العناصر الموضوعية التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي وذلك بقولها:

>>الأصل المقرر قانونا، أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذا لمقد الوكالة، مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، وبقدر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقدر أجر كل محام بمراعاة كافة للعوامل التي نعين على تحديده تحديدا منصفاً، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها، أولاً: حقيقة الجهد والزمين الذي بذله المحامي، وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها. ثانياً: جدة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثاً: ما اقتضاه تنفيذهما بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعاً: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامساً: الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولا لها. سادساً: القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على محاميه لإنجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملت ظروفها. سابعاً: النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. ثامناً: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. تاسعاً: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعمق امتدادها في الزمان. عاشراً: الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها أنفا من ٥٥٩ - ٥٦٠ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١/١٤ - قاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٠٠٠/١/١ - قاعدة رقم ٥٥ - ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

الدعاوى المماثلة. حدادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملائمتها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان اقتضاء الأجر للعادل مشروطاً حتى في العمل الذي يقهر عليه العامل، وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فإن أداء الأجر كمقابل لعمل أداء للعامل اختياراً، في إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ترتبط طرفاها بها، يكون بالضرورة أحق بالإيفاء كضمانة كفلها الدستور يعزز بها إسهام المواطن في الحياة العلمية، والتمكن من القيم الأصلية التي ينبغي أن تتحلى الجماعة بها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع السادس

#### القيود على الحق في العمل

٢٤٢- يتعين في الشروط التي يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلاً بمتطلباتها، وأن يكون فرضها لازماً لضمان حسن القيام بها، ملتتماً مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافاً عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقاً لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغي أن يهيمن عليها من القيم التي تطو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتضى بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن -اجتماعياً أو اقتصادياً أو نفسياً- أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تزيد أعمارهم على سن معينة، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان في صيغة مطلقة تتألف طبيعة هذه الأعمال وشروط أدائها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ ص ١٨٢ و ١٨٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ٨.٧/١٥- ص ١٠٨- ١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، القاعدة رقم ٣٤ ص ٤٤٩- ٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التي تقتضى ممارستها جهدا عقليا صرفا من القائمين عليها. ولا شأن لها بمظاهر القصور في قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفيا وجسمانيا من تغيير يؤثر سلبا وعملا في إمكاناتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبررا بطبيعة الأعمال التي يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوءها ما إذا كان هذا الشرط فاعلا مؤثرا فيها، أو منافيا لها وغريبا عنها.

بما مؤداه أن الأصل ألا يعول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوبا عقلا لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفسر في أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لنقص الحق في العمل، ولإهدار المزايا التي يرتبط بها، كالحق في المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل في ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن التنبؤ بزمان طروئها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها؛ إلا أن المهن الحرة التي تقتضى مزاولتها جهدا عقليا، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحا لمن يطرقون أبوابها، لا يتقيدون قسـى ذلك بغير الشروط الموضوعية التي تؤهل لممارستها، والتي ينفقها شرط السن باعتباره دخيلا عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التي يتطلبها المشروع للقيد في الجداول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازما عقلا لممارستها، مرتبطا بجوهر خصائصها *The Essence of the Business*. ذلك أن الأمم على اختلافها، تفقد كثيرا من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عمالها -بناء على سنهم- من النفاذ إلى الأعمال التي لايزالون قادرين على النهوض بها، والتي يتكافأون في إنجازها، أو يمتازون في أدائها عن يمارسونها فعلا، ليفقد المبعوثون عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تصفيا، ومخالفا للنسور بالتالى.

بما مؤداه أن شرط السن في نطاق الأعمال الحرة، كثيرا ما يكون مؤثرا واهيا على القدرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٨/٥/١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

### الفرع السابع الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص

٢٤٣- يتفرع التنظيم النقابي -مهنيًا كان أم عماليًا- عن حرية الاجتماع التي لا تجوز إعاقتها بقيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تتدخل في نطاق تنظيمها.

ويتميز الحرية النقابية التي كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتساعها لحريسة الإرادة في الدخول في منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفي أن يكون الشخص عضواً في أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يتجنبها جميعاً إذا أعرض عنها، وقرر ألا يلجأ إليها.

وانبثاق هذه الحقوق عن الحرية النقابية بجعلها من ركائزها، وهي في مجموعها لا تخل بحق النقابة ذاتها في إرساء القواعد التي تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما في ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية النقابية على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابي. ذلك أن الديموقراطية النقابية هي التي تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقاً للحماية يكفل لقوة العمل -أيًا كان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهي كذلك مفترضة أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على لإنهاء؛ ولا تتدخل في شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة للنقابة فيما نراه هي أكفل لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تفرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقاباً لها؛ ولا أن تفصل بنفسها في صحة التنظيم النقابي أو بطلانه كشرط سابق على بعثه إلى الحياة؛ ولا أن تؤثر في حق الاقتراع داخل النقابة لتقوض تنظيماتها حتى لا يفوز بمناصبها المختلفة على تبين مستوياتها، الأحق بها.

وإذا كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة يقتضيه تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون نكتلها طريقاً لتعمق العلاقات على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دائرتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها؛ هي التي يتفرع عنها حقهم في بناء تنظيم مشروع

يضمهم سياسيا كان أم نقابيا - فقد تعين ألا تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا في نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التي وجهتها لتقريبها، وبافتراض مشروعيتها.

يؤيد هذا النظر أن الأصل في التنظيم النقابي أن يكون مفتحا لكل الآراء، قائما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابي إلهاء أو التواء، بل توافقا في إطار المسؤولية، وإلا كان مجاوزا للحدود التي ينبغي أن يترسعها Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التي يربعاها للتنظيم النقابي، هي التي كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتي تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مقاييس ديموقراطية يكون القانون كافلا لها، توكيدا لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعنى اتصالها بالحقوق المقررة قانونا لأعضائها.

فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقيما بالضرورة، متبليا نهجا مقبولا من مجموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة في تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشئونها بما يكفل استقلالها، ويقللها في الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التي يدعون إليها في إطار أهدافها، ووعيا بما يعنيه، ومراجعتها لسلوكهم؛ لا يخولها العدول على حقوق كئنها الدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها في التعبير عن الآراء التي يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأغلبية -بحكم موقعها أو ميظرتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء في تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما في ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون الميادة إلا لمجموعهم، ولا ييسط غرياء عنها سيطرتهم على شأن من شئونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء داخل النقابة، وتزاحمها فيما بينها، وأتساع آفاقها وتعدد مصادرها، وأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء اقتناع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجبل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليفاضل العمال بين البدائل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعي، وبما

يكفل سعيهم لضمان الحقوق التي تتصل بمواقفهم، سواء في جوهر بنياتها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحرية النقابية التي تصونها المحكمة الدستورية العليا، هي التي تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازماً لمواجهة كل إخلال بها، ويوجه خاص لرد خطرين عنها لا تعدلان في آثارهما، ويتأتيان من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تبأشر ضغوطها في مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها، توصلًا لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة في أوضاع الاستخدام في منشآتهم، أو بالتهديد بفصل عمالهم، أو بمساوماتهم تأديبياً، أو بإرجاء ترقيةاتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابي، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه.

ويظل سديدا القول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابي، تقتضيان أن تقرض المنظمة للنقابية أشكالاً من الرقابة الذاتية على الكيفية التي تبأشر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لتوحي القصور فيه، موضوعياً، يعتمد على وسائل تحليلية موثوق بها.

كذلك فإن حق العمال في تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها في إدارتها لشؤونها، ومساوماتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المقيدين بها.

على أن المنظمة النقابية العمالية -ويلنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التي تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانباً من خصائص السلطة العامة وامتيازاتها. ذلك

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٦ ص ٤٦٣ وما بعدها من الجزء السابع.



أن وسائل السلطة العامة التي تمارس المنظمة النقابية الصالية بعض جوانبها، لا تحيلها إلى جهة إدارية في مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تنمجها فيها.

ولا يجوز في أية حال، أن تنقص النقابة -ولو بالتدريج- بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وترسيها للدول قساعة لبنين مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن حرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر مصادرها، ولا أنفائها، ولا أدواتها التي تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار وتنقسم بتسماتها مع خصوصياتها؛ ورفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها واستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير.

بما موداه أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها مناقية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذيوها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هي الطريق إلى إنماء الشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام في أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكما تدخل المشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتاً مفروضا بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاء المشرع انحيازاً، مائلاً بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء واتساعها بغض النظر عن مصادرها أو محتواها، ودون ما اعتداه بمن يتلقونها أو يطورونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل سوءاً عن منعه من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يروجون لها.

وهو ما يعني أن القصر على اعتناق بعض الآراء، أو إقصاء غيرها، سوتان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحول دون حجبتها أو تشويهها أو تزييفها.

وتعلق مفهوم الحوار بالقبول بآراء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقها وإعمال حكم العقل بشأنها، موداء أن كل أقوال تتقدم معها فرص الحوار، كذلك التي تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العنوان عند من يتلقونها إضرارا بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى اقترانها بمضار لا يجوز القبول بها، ولأن مفهوم عوض الآراء في سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينبسط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون التمثيل وفقا لأحكامها متكافئا قدر الإمكان، وعرض المرشحين لأرائهم متوازنا، والدفاع عنها مكفولا.

وانتسابهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها في إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويخول المشرع كذلك تنظيم زمن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم في التعبير عن آرائهم، ودون تعييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سوءا عن حرمان بعضهم أصلا -ودون مسوغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التي يفرضها المشرع اعتسافا ليحدد بها من يكون مقبولا من المرشحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تنعكس سلبا على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها في شأن اختيار من يطمنون إليهم، وعلى الأخص في إطار نظم نقابية تتعدد حلقاتها، وتنتج مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال في المنظمة للنقابية في الاقتراع والترشيح يفترض انتسابهم إليها من خلال عضويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، قاعدة لكل تنظيم ديمقراطي، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ فإن تعليق حق

العامل بها في الترشيح لعضوية مجلس إدارتها، على شرط فوات عام على قيده بها، يكون مخالفا للسنور<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن

#### حق الحصول على العمل

٢٤٤- تكبر الدولة فرص العمل لمواطنيها في نطاق خدماتها الاجتماعية التي يرتبط ضمانها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كي توفر خدماتها هذه بصورة متدرجة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابيا لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية -كالحق في الحياة وفي الحرية - التي يكفينا لصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها؛ وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلا لثانيهما، وشرطا لتحقيق وجوده عملا؛ إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن في أصل نشأتها، وعلى ضوء مراميها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التي تعلبها أهمية الإنسان وجوهه، إلى حد وصفها بخصائص بني البشر، أو إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

(١) (راجع في كل ما تقدم، للقضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٨/٢/٧- قاعدة رقم ٩٢ - ص ١٢١٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ ص ١١٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٦ ص ٤٦٣ - ٤٦٥ و القضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٧ ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن لمبدأ الحرية النقابية *La liberte syndicale* قيمة دستورية وفقا لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي 49.R.p. 1983 - 20 - 19 D.C. 83 - C.C. ويتبنى هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises [C.C. 77 - 79 D.C.. 5 Juillet 1977, R.p. 35].

وجودا من تكوين الجماعة التي ارتبط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد موبيا بدونها، ولا يحبا إلا بالقيم التي تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، تؤخذ دوما تطوير أوضاع البيئة التي توجد فيها مستظلا بها، ليعيد تكوين بنيانها، عبر الأفاق الجديدة التي تقتضها.

وهي بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرضها الأهواء، بل تقررهما الدول على ضوء أولوياتها. ويمراعاة مواردها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -وبالنظر إلى قدمها واستقرارها في الوجدان- لا يجوز لنزول عنها، ولا للتخلي عن مباشرتها، ولا أن يتعلق تقادم بها<sup>(١)</sup>؛ وأن الفرد ما تؤخذ بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التي تناهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التي يعيشها بما يحقق رخاءه وخيره العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -وبحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس في آن واحد، بل يرتبط تحقيقها في بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤوليتها قبل مواطنيها، وإمكان نهوضها بمطالباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالي فور طلبها؛ بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعات لنطاقها، ليكون تدخل الدولة بصفة إيجابية في شأنها، متتابعاً؛ واقعا في أجزاء من إقليمها؛ منصرفا لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مصلحتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسؤوليتها عنها، مناطقها إمكاناتها، وفي الحدود التي تتيحها، ومن خلال تعاون دولي أحيانا<sup>(٢)</sup>.

(١) فطر في ذلك المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ التي تقضى بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تشرع أية قوانين يمكنها أن تدخل أو تعرقل مباشرة الحقوق الطبيعية والمدنية التي يكفلها الدستور.

le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٤ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥١٦- ٥٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفروع التاسع

#### معاش العامل ليس بديلا عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بديلا عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا لم المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك اجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التي يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التي تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدرا ومسببا<sup>(١)</sup>.

فالحق في المعاش مصدره المباشر نص القانون، وتلتزم الجهة التي تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقا للنظم المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أداها العامل بالجهة التي كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أداها في التأمين الاجتماعي وفقا للقواعد التي تقرر المعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها.

وذلك خلافا للأجور التي تعتبر رابطة العمل، المصدر المباشر للحق فيها، والتي تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، في الجهة التي التحق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سببا لاستحقاق تلك الأجور، وباعثه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٤ - ص ٥٠١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٥٧ من الجزء الثامن. وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهني.

### الفرع العاشر حملة صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية. وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يتطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا<sup>(١)</sup>.

وإذ كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية والحرية الشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يعلق على شرط امتناع العضو عن العمل بعد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها الدستور فلا يجوز هدمها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راكدة مغلقة تتهدم بها تلك القيم التي تلو بقدرة، وتؤكد ارتقاءه ويعتبر بتخلها طاقة عاطلة تفرض أعباءها على غيرها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الحادي عشر حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حقهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعمها والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتحديدتها.

فلا يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تقابل هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تتساقط عليهم بغير جهد منهم يقارنها ويعادلها، وإلا أخل اقتضاؤها بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٤٤ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيده ديباجة الدستور ذاتها التي تقرر بأن التطوير الدائم لأوضاع الحياة في الوطن، ينبغي أن يكون نهجا متواصلا وعملا دعويا، مرتبطا بإطلاق الجماهير لطاقتها وملكانتها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولئن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها خطة التنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أثمانها، ولا تربو به على أعلامها، ضمنا لتوازن الدخول وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رابطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج العمل وبقره.

وتردد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضمانها للعمال نصيبا في إدارة مشروعاتهم وفي أرباحها، يقرن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أدواته، وتنفيذ الخطة الاقتصادية داخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعنى أن الحقوق أسبابها وأدواتها وشرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التي تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا وهديا، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مرحلتها وعيا عميقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن للنضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين في تنبئتها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكما كان مبررا من الاستقلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالي أن يقرن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذا كان ما تقدم هو الشأن في الحقوق والمزايا التي كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع للعمال من حقوق ومزايا لا نص عليها في الدستور، مرجعها إلى سلطة التقديرية، ولزامها أن يكون بيده وحده -وفق شروط موضوعية- أمر إقائتها لو إلتفت إليها<sup>(١)</sup>.

(١) كمستورية عليها -القطعة رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جملة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٣- من ٣٦٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

### المطلب الرابع قانون الأحوال الشخصية

٢٤٨- يتحدد الإطار العام لهذا القانون -على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا- في عدد من المسائل التي واجهتها، وعلى الأخص تلك المتعلقة بنطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور؛ وحدود الاجتهاد في مسائل الشريعة الإسلامية؛ ونطاق سلطة ولي الأمر في ذلك.

فضلاً عن القواعد التي أرسنها هذه المحكمة، لتوحد بها بين الأسرتين المملعة والقطبية فيما لا يخل بركائز العقيدة لكل من هاتين الشريعتين.

### الفرع الأول نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور

٢٤٩- شجر النزاع حول دلالة نص المادة الثانية من الدستور بين المعنيين بتطبيق الشريعة الإسلامية لتحكم الحياة القانونية في مصر؛ وبين الذين يعارضون هذا التطبيق، أو على الأقل لا يضعونه موضع الإلزام.

وتردد هذا النزاع بين نظريتين رئيسيتين؛ تعطى أولاهما: مبادئ الشريعة الإسلامية قوة مطلقة كي تحكم النصوص القانونية جميعها، حتى ما كان منها سابقاً على العمل بنص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. بما مقتضاه أن ترد إليها الأحكام العملية جميعها، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إبطالها، إذ هو ملزم بتحريرها حتى لا ينقضها أو يعارضها. ولا مجال بالتالي للقول بأن الرجوع إلى مبادئها هذه، قد أتى في مقام الإرشاد والتوجيه<sup>(١)</sup>.

. ونقرر ثانيهما: أن مبادئ الشريعة الإسلامية غير نافذة بذاتها، ولأنها في حقيقتها دعوة إلى المشرع كي يوفق معها النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها. وهي بعد دعوة يتمهل فيها

(١) د. عوض محمد عوض -دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي- ص ٩٢ من الطبعة الثانية المصادرة عام ١٩٨٣ من دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع بالكويت.

ونظر كذلك الدكتور/ سلمي جمال الدين. في مؤلفه تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ص ١٤٨ من طبعة ١٩٨٦ -مسنأة المعارف بالإسكندرية. وكذلك الدكتور/ عبد الناصر توفيق المطار -مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٩ ص ١٥٥.



على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقل عليها إلا بقدر، وفي صورة منكرجة كى يكون التغيير متعلق الخطى.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقضها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تظل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يظهرها من عيوبها<sup>(١)</sup>.

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أيًا من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أولاً حقا على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده الدستور من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هى وقائعها التى تنشئها، أو هى أسبابها التى تنتجها. وهى بذلك تتقدم الحقوق التى تولدت عنها، مثلها فى ذلك مثل من يرون بئراً للنفيا، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجههم إليه.

وإذا كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديله يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما نقره أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ -رغم جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص- تعتبر قيوداً عليها من وقت اعتبارها منهالاً لها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كى تستقى أحكامها منها، أو حتى لا تخرج -على الأقل- فى مضمونها عنها.

(١) اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه فى الحكم الصادر عنها فى ٣ أبريل ١٩٨٢ فى الطعن المرفوع إليها والمقيد بجداولها تحت رقم ٢٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر فى عرض دلالة نص المادة الثانية كى الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعنوانها القضاء الدستوري فى مصر.

ثانيهما: أن الدستور لا يصوغ أحكامه على سبيل التخيير بين القبول بها أو اطرأها. وإنما تحل جميعها إلى قواعد أمره تعرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وتظل النصوص التشريعية التي تصدر على خلافها، قائمة إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغلير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترك هذه المبادئ في بنائها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها. فأصحابهم أو جانيهم للتوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد لإعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتمل التأويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية للقطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية مسن الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كغيد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تتألف هذه النصوص -في مضمونها- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنيانها. وهى أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، والتي لا تقبل اجتهادا يحلها أو يحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون ملحوظا أن نفع السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطا لإعمال نص المادة الثانية من الدستور. وإنما لقرن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٢٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١١/١١/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧/٥/١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٢٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عائقها؛ وبحثها على أن توليها اهتمامها؛ وإن كان تسليها عن مباشرة هذا الاختصاص يؤثر بالضرورة مسئوليتها السياسية.

### الفرع الثاني

#### انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية للخلافة

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قفل باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نهجاً حميداً.

ذلك أن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه للناس في احتياجاتهم المتغيرة ومصالحهم المختلفة.

فلا تكون موالاة النظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية يكفل مرونتها ويعطيها روافد جديدة تصلحها لمواجهة التوازل على اختلافها؛ وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حسابها لمجرد أن الأكفمين أغفلوها، أو لم يقيموا لها وزناً. وفي ذلك ضمان لتجدد الشريعة وتنفق بنابيعها إزاء أرض عظمى إلى اجتهد بيمر على الناس أحوالهم، ولا يوقعهم في الحرج.

وما الاجتهاد غير إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تشهياً أو إنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. بل نظراً عميقاً في الشريعة الإسلامية، واتصالاً بمقاصدها النهائية، واقتحاماً لمسايلها من خلال رد الأمر المتنازع إليه إلى الله ورسوله.

وهي بذلك لا تقبل جموداً يبقها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيداً بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العدول عنها، ولا تصلباً عقيماً يتجاهل ما طرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال ولحده لا تبديل فيها، غير تكول عن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة الكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارها العام، وإنها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلائقها لتردها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً. فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها لضمان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تتحجر قواعدها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس قفراً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعاً في إطار الأصول الكلية للشرعية، كإفلاصون مقاصدها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والعمال؛ متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحل بشؤونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لآراء الأولين، ولا افتراء على الله كذباً بالتحليل والتحريم، ولا عزوفاً عن أحوال الناس والمصالح من أعرفهم، ولا نهياً على التأمل والتبصر في دين الله تعالى، ولا إنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، وأن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صبح القول بأن آراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شرعاً لا ينقض، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة أنواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، أقلها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهداره، ولو كان مخالفاً لآلوالا لفقهاء آخرين اطرء العمل بها في زمن معين.

### الفرع الثالث

#### حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد -عن طريق الأدلة العقلية والعقلية- حق لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه -في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها- بأهل النظر في الشؤون العامة، إخماداً للثائرة، وبما يرفع للتنازع والتناحر، ويبطل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الأذهان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً ووحيداً لاستقاء الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعبرة، هي تلك التي تكون متلاقية مع مقاصد الشريعة، موافقة لها، وبشرط أن يرجح ولي الأمر عند الخيار بين أمرين، ليسرهما ما لم يكن إثماً، فلا

بشرع حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم ويحسر أمرهم إعمالا لقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين حرجا".

بما مؤده أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلا للشرعية تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وتعارها بجذورها بما يعينها على اكتمال نماذجها. وليس لولى الأمر بالتالى أن يتقيد بآراء بذاتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عنهم، أو رفعا لحرج يصيبهم<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الرابع

##### حضانة الصغير

٢٥٣- لأن أحال المشرع فى شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين -وفى إطار القواعد الموضوعية التى تنظمها- إلى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية فى شأن الأسرة تؤكد أن الحق فى تكوينها لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر سلبا فى تربيتها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا انقطاع لجريانها يتصدرها إرساء أومئتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار من للحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يعتهم أو يثيق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعا لذكورهم أو أنوثتهم أو خصائص تكوينهم؛ ولا أن يمايز المشرع فيما يتعلق بمن الحضانة -لتى لا يتصل تحديد بدايتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعا لديانتهم؛ وكان للصغير

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ مايو ١٩٩٧ -مساعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" -جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٢ -ص ١٣٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠ -ص ٣٢٥ -٣٥٣ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤١ ص ٥٦٩ -٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٣ لسنة ٦ قضائية "مستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٦ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا في شأن حضانتها، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تميز فيها؛ فقد تعين أن يتحد المصريون في القواعد التي تحكم سن الحضنة، والتي لا شأن لها بالأصول الكلية لمقائدهم على اختلافها. وإنما هي أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة اللذين نضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أبواهما عن بعضهما البعض<sup>(١)</sup>.

### الفرع الخامس

#### في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد سن الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير في مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز في غير المسائل التي حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلائلها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم، تقديراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً في الحقوق التي يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة القبطية هي ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما للقيم والتقاليد عينا، وإلى مجتمعهم يفتنون تعبيراً عن انصهارهم في إطار أمتهم، وتأييدهم عن اصطلاح الفواصل التي تفرقهم؛ فقد صار لازماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال الولاية على النفس التي تتحد مراكزهم بشأنها، سواء في موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التي ينبغي أن يترسما، ومخالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق في الحرية الشخصية التي يكون التماس وسائلها -رندرج لنتهاء الولاية على النفس تحتها- مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن الجماعة مقوماتها الأساسية التي لا يجوز أن يعزل بنين الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أكفل لحدثتها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجرياتها يتصدرها إرساء

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضنة النساء تنتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة، وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى في سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، ففى بد الحضنة، ودون أجر حضنة، إذا تبين أن مصلحةهما تقتضى ذلك. وتتعلق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طبقها على المصريين جميعهم بغض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة في مجتمعها وواجباتها في نطاق أسرتها؛ وبمراعاة طابعها الأصلي بوصفها الوحدة الأولى التي تشكل لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التي يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها -وبغض النظر عن عقيدة أطرافها- لا يصلحها مباشرة الأولياء لولايتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال في سبب نشوئها أو انتهائها.

وإنما ينبغي أن يكون لكل من هاتين الولايتين دولتها وشروط انقضائها، وشرط ذلك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاءها مجاوزاً تلك الحدود المنطقية التي تقتضيها مصلحتهم في أن يمارس أولياؤهم عليهم إشرافاً ضرورياً لتقويمهم، ولا أقل مما يكون لازماً لاعتمادهم على أنفسهم في مجال الاتصال بالحياة، ولوج طرقتها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغاً طبيعياً كافياً لزوالها، وإلا كان بلوغ السن التي ينتهي عندها تكبير أمره، منهيلاً لها.

وتلك هي القاعدة الموحدة التي ينبغي لكل أسرة للترامها، ضماناً لترايطها واتساق نسجها مع مجتمعها<sup>(١)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القتضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية "مستورية"- جلسة ١٩٩٧/١٢/١ -قاعدة رقم ١١-٣/٧٠

### الفصل الحادي عشر

### الرقابة القضائية على الدستورية

#### المبحث الأول

#### القواعد الكلية التي تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التي لا تتحول عنها الجهة القضائية التي تباشر هذه الرقابة، لتفصل على ضوئها في دستورية النصوص القانونية. إذ همس معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

#### أولاً: ضمان الوحدة العضوية لنصوص الدستور

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهاجم أو تتنافر ولا تتعزل عن بعضها. بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأغراض النهائية التي يقوم الدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تألفها في معانيها، وتضافرها في توجهاتها<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور

#### في إطار تكاملها

٢٥٧- وإذا كان الأصل في نصوص الدستور هو كفالتها حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن مسائل الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه بفسر تفسيراً ضيقاً. ومن ذلك أن ما تقرر في الدستور العمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصادرة أموال أسرة محمد علي؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي على المواطنين. ويتعين بالتالي تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -كلما كان ذلك ممكناً- مع أحكامه.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٢٥ ق "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٨ من الجزء السادس.



فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أفرد الدستور ميزة لبعضهم بما يقيمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضى بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في النقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقا للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تكييفا استثنائيا يتقيد بمبرراتها. ولا يحوز بالتالي تغليبها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقا للدستور أو القانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعا، فلا يبقى منها بحثنا ما يحولون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهلها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافيا لوجودها، ولا مهذرا حقها في الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهت. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها أغيار لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعنى موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيانها إلا إذا تحرر اقتصاديا من طلبونها، وكان بوسعهم بالتالي الاستقلال بشؤونهم ولسيطرة عليها<sup>(١)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - المساعدة رقم ٦٢ ص ٩١٦ - ٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٨/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥١ ص ٧٩٢ - ٧٩٣ من الجزء الثامن. حيث رفضت المحكمة نقض حق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور والإخلال بحرماتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديمقراطي، على الكفالية والحل.

### ثالثاً: علو نصوص الدستور على ما سواها

#### ولامتاع كترجها فيما بينها

٢٥٨- ويظل الدستور -ولما كان مضمون قواعده- محتلياً للنصوص القانونية جميعها إذا كان مدوناً جامداً، ولو كان رجعيًا وليد أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أفرط في الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانوناً بالمفهوم العلم لكلمة القانون. إلا أن الدستور يعتبر قانوناً أساسياً يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها<sup>(١)</sup>.

ونصوص الدستور هذه، لا تترك فيما بينها، حتى لو قيل بتفاوتها في أهميتها.

ذلك أن أهميتها هذه، تقابل دورها في الحياة الاجتماعية. وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل للحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها، وإمكان القضاء عليها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تنفذ فيها كل قاعدة قانونية بتلك التي تعلوها في مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها<sup>(٢)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -التضحية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٦ - ١٤٨ من الجزء السادس؛ والتضحية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "مستورية" - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" -التضحية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - القاعدة رقم ٥١ ص ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والتضحية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "مستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٥٠ - ١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "مستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه؛ فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستتبع الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتمايز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلا لغيره، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته. ونشدها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. وتقضى مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار التزم التي يحتضنها الدستور.

ومن ثم لا تتمايز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور - في الطريقة التي رتبها بها - حقاً أو حرية بذاتها على غيرها<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: للنظرة الأشمل لنصوص الدستور في الطريق لفهمها

٢٥٩- لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولأن بحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها؛ ولا تحليلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاع للمثارة فيها بصورة أدق، ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ق "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٥١ من المجاد الأول من الجزء الخامس.

وكما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلاً في المسائل التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البدن؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطاؤها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق في الحياة وفي الحرية الشخصية اللذين يحكماها<sup>(١)</sup>.

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

#### خامساً: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

٢٦٠- تنحصر مخالفة النصوص القانونية للدستور في صور بذواتها يندرج تحتها:

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار من ضمانات اتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، أم أغرها في صورة جامدة توحيداً لغرض تطبيقها<sup>(٢)</sup>.

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق للمواطنين وحرياتهم في وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٦ - ص ٩٦٧ من الجزء الثاني.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢/١٢ - ص ١٧٥ من الجزء الثاني.

ولا شأن بالتالى لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجوب الرجوع إليها، والتوفيق بينها<sup>(١)</sup>.

٣- تخلى السلطتين التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تقيدها فى مسئوليتها قبل مواطنيها، مؤداة تسليها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التى لا يكتمل الانتفاع بها بغير تدخلها، ويعتبر هذا الانتفاع مخالفا للدستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الانتفاع -فى كل صورة- مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما تنضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا ونافذا كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يطلها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور<sup>(٢)</sup>.

٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التى يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التى فهمها بها القائمون على تنفيذها<sup>(٣)</sup>.

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تنجس إليه المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفي لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية فى التقدير، أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع فى هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية الدستورية، بالسياسة التشريعية التى استتبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التى أقرها- لا يصادم حكما فى الدستور<sup>(٤)</sup>.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق -مستورية- جلسة ١٩٩٤/٤/٤ -قاعدة رقم ١٦/٢٧- من ٣٤٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية -مستورية عليا- -جلسة ١٩٧١/٣/٦- قاعدة رقم (١) من ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة فى الدعوى الدستورية.

(٣) -مستورية عليا- -القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق -مستورية- -جلسة ١٩٩٨/٣/٧- قاعدة رقم ٤٤/٨٩، ٥ من ١٢٢٠ من الجزء الثامن.

(٤) -مستورية عليا- -القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق -مستورية- -جلسة ١٩٩٨/٣/٧- قاعدة رقم ٥/٨٨ من ١٢١٢-١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيرا ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة لتحرقها عن المصلحة العامة. فلا يكون التحقيق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال للمشرع لسلطته، أو على تقيدته بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيميا تشريعيا موافقا للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعدد بغير هذا التقدير في تقرير دستوريته.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقا للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بالفراض أن تغييرا لم يطرأ عليها<sup>(١)</sup>.

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاء ضميا للنصوص القديمة، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملا بنص المادة الثانية من القانون المدني. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها للدستور، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها، ولا تتسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أحلها المشرع محلها<sup>(٢)</sup>.

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجهه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها للدستور. ذلك أن تعيينها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها للمواطنون.

(١) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق 'دستورية' - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ١٣٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) 'دستورية عليا' - القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق 'دستورية' - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٣/١٣ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشككية التي يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية، بين شككية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشككية التي يقتضيها الدستور واحدة فى أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالى إفراغ هذه النصوص فى قولها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تفقد خصائصها كقواعد قانونية تعتمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها، ولو كان مضمونها موافقا للدستور.

ولا كذلك الشككية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين، ذلك أن الإجراء ولو كان معيبا، ينقلب صحيحا بتحقيق الغاية من الشككية التي تتطلبها المشرع فيه<sup>(١)</sup>.

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلزم فيما تنظمه ارتضتها الأمم المتحدة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها، أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لمواها بها أيا كان قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذى يحكمها دون غيره. بشرط ألا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

#### سالميا: امتناع تقرير بطلان على بطلان

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائى، موداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتصور بالتالى تقرير بطلان جديد على شئ صار معدوما. فالمساقط لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تبين أوجهه واختلافها فيما بينها.

إذ هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التي تنطق بها، ولا تتمايز أوجهه أو روافده فى نتیجتها، ذلك أن كلا منها يعتبر كافيا بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

(١) دستورية عليا - لقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢/١٦ - ص ٢٦٦ من الجزء الثامن.

فلا يمتاز بطلان في طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر، فإذا اتصل وجهه للبطلان بنص قانوني، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة القانونية فيه، ولا يتصور أن يحيا من جديد لينتقل به بطلان آخر.<sup>(١)</sup>

#### مابعا: امتناع تفسير الدستور في غير خصوصية قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خلال خصوصية قضائية تدخل في ولايتها، وتتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها؛ وبشرط أن يكون إجراء هذا للتفسير لازما للفصل في المسائل التي تطرحها هذه الخصوصية. فإذا كان مجرد تفسير للدستور هو موضوع هذه الخصوصية، خرج هذا للتفسير عن ولايتها<sup>(٢)</sup>.

وتبدو خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، في أن صدور هذا للتفسير يقيد ليس فقط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا للتفسير بمنعها من تعديلها، ومن فهم الدستور وتطويره على ضوء الأوضاع المتغيرة. بما يناقض حقيقة أن الدستور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يجمد تفسير الدستور عند لحظه زمنية بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

#### ثامنا: لا افتراض لشرط المصلحة في الخصوصية الدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة في الخصوصية الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضاع الفصل فيها وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط في نظمها الإجرائية عملا بنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينة الخصوصية الدستورية، لا تعنى أكثر من أن النصوص للقانونية المطعون عليها، هي مدخل هذه الخصوصية أو موضوعها. وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

(١) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٤ لسنة ١٤ في "مستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ - من ٤١٧ و ٤١٨ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٣ في "مستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥ من ١٤٩ من الجزء السادس. ولاحظ أن مدى عدم جواز تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، أن الطلب المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتعارض منعى به بين نصين في الدستور، يخرج عن اختصاصها.



ولكن هذه الخصومة تظل ولقمة في نطاق حق النقاضى كوسيلة ارد عدوان على حيق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالى أن يتعلق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص معين، وأن تكون مصلحة الشخصىة المباشرة -القائمة أو المحتملة- ظاهرة فى رد هذا العدول.

والقول بأن لكل موطن صفة مفترضة فى إختصاص النصوص القانونية، ومصلحة مفترضة فى إهدارها، مردود أولاً: بأن الأصل فى الخصومة هو تعلقها بمنفعة يقرها القانون. ولا يقر القانون أن يتحول النزاع القضائى إلى نزاع لمصلحة لقانون فى صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العملية التى يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هى لئى تحركها، وهى دافعها وموجهتها. ومردود ثانياً: بأن استنهاض نصوص الدستور وإزالتها فى الخصومة الدستورية، يفترض توافر شروط قبولها. وتندرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثاً: بأن افتراض المصلحة فى الخصومة الدستورية، يحيلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعى قائم. وإنما ينحصر موضوعها فى تقرير حكم الدستور مجرداً فى شأن المسائل التى تثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعثّر انتقالاتاً بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والسنائير الأجنبية فى عموم تطبيقاتها<sup>(١)</sup>.

#### تاسعاً: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض فى النصوص القانونية التى أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كلها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم فى الأحوال الآتية:

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١ لسنة ١٥ ق "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٩/٢٤، ص ١٠

أولاً: أن يكون ظاهراً من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كذلك التي تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم في العقيدة، أو بناء على معارضتهم السلطة في توجهاتها، أو لتجريمها أفعالاً لا تقتضى الضرورة الاجتماعية تأنيبها.

ثانيهما: أن يكون النص القانوني المطعون عليه مكوناً من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهة فواصلها، بحيث تضطرب في الركائز التي تقوم عليها.

ثالثاً: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كفلها الدستور. إذ يعامل كل عدوان تشريعي جسيم عليها، باعتبارها مشتبهاً فيه؛ ومقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تقيّد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهريّة قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها.

#### عاشراً: ليس ثمة نصوص توجيهية في الدستور

٢٦٥- ليس في الدستور -شأنه في ذلك شأن القانون- ثمة نصوص مجردة مسن آثارها القانونية، وإلا كان تدوينها في الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها، ومنصرفاً إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن التخيير بين بدلين يفترض تساويهما في القوة أو الأثر. وهو مالا يتصور في نصوص الدستور التي تعلو بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية. وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فرض عين. فضلاً عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كقواعد أمر لا يجوز إهمالها أو التخلي عنها<sup>(١)</sup>.

#### حادى عشر: الأصل في السلطة التنفيذية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها.

بما مؤداه أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتنفيذية فسي مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن يتباشرا اختصاصاتهما

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٥ -قاعدة رقم ٥١- ص ٧٩٣ من الجزء الثامن.

التقديرية بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن التشريعية الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن -بمعاييرها الذاتية- السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملا؛ ولا أن تحلل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بديلا عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكفيهما أن تباثرا الولاية التي تختصان بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلهما في ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلهما إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها<sup>(١)</sup>.

#### ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على التشريعية الدستورية فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التي رتبها في حق المخاطبين بها. ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التي يتعذر نقضها في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو التكاليل على توأمتهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرنها.

وحتى بافتراض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملا على أحكامه، فإن نواياهم السلبية لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء بصيبيها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعهم هذه النصوص لأحكامها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، واسبابا بتبكيها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستمرارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ -المساعدة رقم ٣٦ -ص ٥٢٩ من الجزء السادس.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٧ -ص ٢٢٩ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيباً قسدياً، وطعننا احتياطياً، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيون الأوراق ذاتها التى تفصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التى يطمئن إليها.

#### ٢٦٨- ويلاحظ كذلك ما يأتى:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهى محظورة فى المواد الجنائية- إلا إذا قام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية فى مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قد أقروا رجعية هذه النصوص، بعد قولهم على حقيقتها، والآثار التى ترتبها، والدائرة التى تعمل فيها، فلا يكون قبولهم بالأثر الرجعى مظلوناً، بل ثابتاً على وجه قطعى (١).

٢. أحكام الدستور التى تتضام إلى بعضها فى تقييم دستورية النصوص للقانونية المطعون عليها؛ يتعين إزالتها فى مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستهض النصوص القانونية المدعى إخلالها بالحق فى التقاضى، كل ضمانته يقتضيها الدستور للفصل فى الحقوق بطريقة منصفة، بما فى ذلك ضمانه الدفاع؛ وحق الناس جميعهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى؛ وبأن تكون العدالة مفتوحة لبلوياً للقادرين والمعوزين؛ وبأن يتوافر لكل متهم بجريمة، الحد الأدنى من الحقوق التى يتوازن بها موقفه مع الأسلحة التى تملكها سلطة الاتهام فى مواجهته.

٣. لئن كان للمشرع أن يعدل من الحقوق التى يكفلها أو يلغيها، إلا أن شرط ذلك ألا يكون لإسقاطها أو لتحويلها، من أثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاء من عناصر حيديتهم التى تتعامل فى أهميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخل المشرع من خلال تنظيمه للحق فى رد القضاء، بضمانة الحيادة التى تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء فى ذلك تلك التى كفلها أو التى نص للدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم فى غير الصورة التى تكفل فعالية مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التى يبلغ بها مدها، وتتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

(١) 'مستورية عليا' -القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق 'مستورية'- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٧/٢- ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

٥. تتعلق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر في شأن المسائل التي تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن سريانها المباشر منطوق على رجعية ضمنية<sup>(١)</sup>.

٦. للخاضعين لأية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفتها للدستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة في شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد أحق بهم ضرراً. ذلك إن الأصل في القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبدلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازماً إعمال القاعدة الجديدة اعتباراً من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكملاً من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوماً بها وحدها<sup>(٢)</sup>.

٢٦٩- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كنهك، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعي، مما تزول به المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وقضاءها في ذلك محل نظر من جهتين:

أولاهما: أن الإلغاء المجرد للنصوص القانونية ولو بأثر رجعي - لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث آثاراً قانونية في محيط العلاقات القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالي حتى يجوز القول بانتهاء المصلحة الشخصية المباشرة في النصوص القانونية التي ألغاه المشرع بأثر رجعي، أن يقرن إلغاؤها بتسوية كافة الآثار القانونية التي أحدثتها، والتي أضير منها المخطاطون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

(١) الحكم السابق - ص ١١٠١، وهو ما أكدته المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى القوانين التي تعدل ميعاداً كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها، أو التي تكون منشئة أو ملغية لطريق طعن في شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قلم، وكان العمل بها قد بدأ بعد قتل باب المرافعة في الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل في موضوعها.

(٢) "مستورية عليا" - للضحية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "مستورية" - جلسة أول فبراير ١٩٩٧ - مساعدة رقم ٦/٢٤ - ص ٣٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "الضحية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩/٨/١٩٩٩ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية -سواء تم بأثر رجعي أو بأثر مباشر- يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتطرق الإلغاء بها، فإن كان يطلبتها متكتياً من مخالفتها للدستور -كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة- فإن هذه النصوص تعتبر معنومة منذ صدورها، ولا يتصور بالتالي أن يتعلق بها إلغاء تشريعي -ولو بأثر رجعي- بالنظر إلى انعدام محله.

\* كل قاعدة قانونية لا تنتشر، لا يقارنها إخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبرها الدستور شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحررياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هي ولا القاعدة القانونية التي تم نشرها، ولم يبدأ بعد ميعاد سريانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها -رغم من الأغيار في مجال تطبيقها- إلا خروجاً على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكما كان فرض القاعدة القانونية واقعا قبل نفاذها، أخل سريانها في شأن المخاطبين بها، بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدول عنها، عملاً مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

\* مناط دستورية المزايا التي يكفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، اختلافهم في المراكز القانونية عن بعضهم البعض. ذلك أن تماويلهم فيها، مؤداة أن يكون التمييز بينهم تحكيمياً، ومخالفاً للدستور بالتالي<sup>(٣)</sup>.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق/مستورية- جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ -قاعدة رقم ٧٣ ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق/مستورية- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٤٧٣، ٦٥، ص ١٠٥٨ من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٤/٢٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية دستورية والمنشور في ص ٢١٨ وما بعدها من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق لا تعيق عليها ما دام الحكم التشريعي الذي قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تتطوى على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية؛ ولا تتهدر نصاً في النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة في الأجرة التي فرضها، المحافظة على المباني القديمة الموزعة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتعويض ملاكها عن انخفاض أجزائها مع توفير مصدر لتمويل ترميمها وصيانتها؛ فإن معاملة الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، معاملة المباني الموزعة لأغراض السكنى، وإعفاؤها بالتالي من الزيادة في الأجرة، رغم تحقق مناطها، يكون مخالفاً للدستور.

\* تحمل النصوص القانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، على اتساعها لكل ما يندرج في مفهومها. ذلك إن عموم عبارة النص، تقيد استغراقها لكل أفراد، واشتمالها بالتالي على المخاطبين بها كافة، فلا تختص فئة من بينهم بحكمها<sup>(١)</sup>.

\* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص بعامل بافتراض انصرافه إلى المسائل التي تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسنادها لغيرها، ولا أن يقاس عليه وقد وضع على سبيل الانفراد<sup>(٢)</sup>.

### ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة في

#### الخصومة الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية في تأسيسها على الأدلة غير المباشرة كالقرائن للظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حقتها، الدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية في ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التي تحققها المحكمة، فلما يكون الدلائل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها في كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزاءها ببعضها من خلال عملية عقلية تكفل الحد الأدنى لاتصالها. فلا تأخذ في اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التي تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التي قد تلاعبها.

ومن خلال هذه العملية العقلية، لا يكون نظرها في عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قصده المدعى حقاً بدعواه.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - مساعدة رقم ٢/٨٣ - ص ١٥٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٥/٣٢ - ص ٤٤٧ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق "دستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣/٣٤ - ص ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية "تفسير" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١ - ص ٣٩٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فلا يؤاخذ بعبارة شاردة ضمنها صحيفتها، ولا بكلمة لم يزنها ويقرها حق قدرها. وإنما هي دعواه في حقيقة ملاحمها، وصالح أغراضها، تستجلبها المحكمة وتصفيفها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها لحقيقة النزاع المطروح عليها.

وتلتزم المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير للقضائي هذه، إذ هي نقطة البداية التي تعينها على إدراك نطاق الخصومة للدستورية المعروضة عليها، فلا تضل الطريق إلى دخالها، ولا تقع بالصيغة التي أفرغها المدعى فيها.

وإنما هي حقيقتها التي تتحراها، ومقاصدها التي تخوض في بحثها، وأبعادها التي تستشرفها، مستعينة في ذلك بالتطيل المنطقي الذي يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإضافتها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير للقضائي، هي التي توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها عند النصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديدتها.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص في المادة ٣٠ على أن يبين المدعى في الخصومة للدستورية ماهية المخالفة للدستورية التي ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه في شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

أولاهما: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانوني للدستور.

ويقترض ذلك أن يبين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التي ينسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان في مرتبتيهما حتى تستظهر نطاق العجوة بينهما. ذلك أن تصادم نصين في دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقهما أو تخالفهما. فإذا طعن المدعى في دعواه الدستورية على الفوائد الربوية التي فرضها المشرع،



وأغفل بيان نص الدستور الذى حرّمها، تحين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فرضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة للدستورية العليا -من باب أولى- أن تستعين عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائي. فالنمى على ضريبة ما إخلالها بالمقدرة التكاليفية للمول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما توخاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهم هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيتها الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤداه أنه سواء أهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حددها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير القضائي، قد تجلبها وتبين حقيقتها.

ثانيتهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة للدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها والتي قال بتدريجها فيها؛ ولكنه يكلفه كذلك بيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للناس بما لا يطيقون؛ وهو كذلك إغراق فى شكلية لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بنوعها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حقيقة الرقابة التى نبأشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسائل الدستورية التى تنثرها الخصومة للدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تتقيد لا بنوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نسبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص للقانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتعمق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وترابط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضافر القيم التى يحضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوءها تحدد المحكمة الدستورية العليا بنفسها، حقيقة لوجه الموار فى النصوص القانونية المطعون عليها،

بغض النظر عن الصورة التي رسمها المدعى في الخصومة الدستورية لها، أو التي أهل ببيان ملامحها أو حتى شوهها<sup>(١)</sup>.

#### رابع عشر: يتعين الحكم ببطلان النصوص المخالفة للدستور،

##### ولو كان إعمال أثره يقتضى تدخلا تشريعيا

٢٧١- يتعين الحكم ببطلان النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هذا الحكم يقتضى تدخلا تشريعيا<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم بحجم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقق عوار فيه. ويتعين بالتالي أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأواتها -كلما كان ذلك ضروريا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٢/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦/٦٨ ص ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية قضائية - جلسة ٥/٨/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٢٧ من الجزء السابع. ففي هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب، لا يجيز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعي يحدد الجهة القضائية التي تفصل في هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

(٣) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٦/١١/١٩٩٩ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٣٩٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الفصل الثاني عشر

#### الرعاية القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة

##### المبحث الأول

##### صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٧- وكلما احتدم الجدل السياسي داخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضمانها لها، فلن وجود جهة الرقابة على الدستورية يؤذن بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى حلول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة المسائل المتنازع عليها، وتحيل ملامحها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون للحكم الصادر فيها إلا منبها لتوتر قائم.

فالنزاع السياسي حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة الرأسمالية المتحررة من القيود، تضعه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التي تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبيانها للحدود التي يكون فيها التعويض عين التأميم عادلا<sup>(١)</sup>.

وقد يدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها من خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعادا مختلفة في مسائل متفرقة، كذلك المنطقة بتصفية القطاع العام، أو بنطاق حرية الأفراد في النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها؛ أو بالكيفية التي يتم فيها

(١) بمجرد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره في ١٦ يناير ١٩٨٢ بتسوية التأميم حتى أعلن المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن قرار المجلس بمطالبة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الزائف للمعارضة حول دستوريته، وهو الجدل الذي أثارته إنشاء الحملة الانتخابية الرئاسية Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التي يتحدد على ضوءها من يعتبر لاجئاً سياسياً وفقاً للدستور.

ويظل التساؤل قائماً حول ما إذا كان للحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذى يحكمها.

وربما نلاحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يديرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيراً ما يؤسسون نزاعهم مع خصومهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذا عرضون أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية سواء تعلق بحق المرأة فى إجهاض نفسها أو بتحويل القطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية فى العفو عن الجريمة أو عقوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان الدخول فى معاهدة دولية يخل بحقوق السيادة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المجابهة فى تشكيلها وفى طبيعتها وظيفتها القضائية- تحيل صور النزاع هذه -جميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومفرداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفاً أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع. ذلك أن هذه الوسائل تكتنفها محاذير الصراع، وعوامل التفريق والتأخر والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقاسم الغنائم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرير حلول توفيقية فى المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، ويتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التى يوجه بها المطاعون خطابهم إلى الجهة القضائية التى تتولى الرقابة على الدستورية. فهم لا يخاطبونها إلا وفق الأوضاع، وفى نطاق الأجل المنصوص عليها فى قانونها. ويديرون بالحجج القانونية، جلهم حول المسائل التى يختلفون عليها، بما فى ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التى أخلت بها النصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداه.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيان حججهم التي يقدمونها لتأييده؛ كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمقاييس موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع في شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها في الحالة المعروضة عليها، وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهداتها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية في دستوريته، فلا يبقى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونية لتحسم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة القضائية التي قررها، والتي ينطفي بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها في النزاع كثيرون من الغاضبين<sup>(١)</sup>.

ولا شبهة في أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية التي آل إليها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيسها لسلطانها على دعائم من الدستور؛ ومن إنهاؤها بالوسائل القانونية لنزاع سياسي احتدم في بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفاهيم قانونية، أعانها على تطوير اختصاصاتها، وحمل المتناحرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبون منهم العون في الدفاع عن مواقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن في النصوص القانونية التي يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطأ أو الصواب في موقفهم السياسي قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية<sup>(٢)</sup>.

وكان منطقيا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية في كافة أشكال الحوار السياسي، وأن تعيد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التي تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفاهيم وقِيم

(١) بعد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بجواز التأميم من زاوية دستورية قرر المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما أثير من جدل زائف أثناء الحملة للرئيسية حول مشروعية التأميم، صائر منتهيا.

(٢) ودليل ذلك أن الأساتذة Drago و Delvolvé و Loussouran صاغوا المعارضة رايًا استشاريا في موضوع عدم دستورية قوانين التأميم. وقدم الأساتذة Robert و Luchaire وجهة نظر تدعم موقف الحكومة من هذا الموضوع.

الدستور، كذلك التي تنطلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؛ وبحق المواطنين جميعهم في ضمان تساويهم أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم في الإدلاء بأصواتهم في الحلة الانتخابية؛ وحظر تشويها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القيم التي يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفرقاء السياسيين، تلك التي تنطق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلالهما كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية في صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط الفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التي يتولى حراستها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلا من طبيعة سياسية<sup>(١)</sup>.

وقد يعمد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية للتسيير نوجهاته الاشتراكية وتعمل على تقويضها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التي تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها *La continuité de L'Etat* وتحدد كيفية مباشرتها لسلطاتها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوما بعد يوم، مؤداه لاحتكام الفرقاء السياسيين إلى الدستور لحل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءا من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها؛ أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها؛ وتعويقها لعملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقترابها من المعارضة في توجهاتها قدر الإمكان.

(١) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسي ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية. لقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومي. لذي يتكرر هو حارسا له (*Le Monde* du 16 Juil: 1986) واستمع كذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتسليم الدوائر الانتخابية على أساس أن هذا التقسيم يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية (*Le Monde* du 4 oct 1986 وسأده بعض الفقهاء (Jacques Robert) في هذا الرفض *Le Mode* 18 avril, 1986).

وقد تنتهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إحراجها والانسحاب عن مصالحهم الضيقة التي توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تنسج بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحتكم في نزاعها معها إلى جهة الرقابة على الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذي خرج من رحمها لتفتتها في مطابقة الدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة موقعهما في عرض القوانين المدعى مخالفتها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوباً ثابتاً يحل الصراع السياسي وصورة الإيديولوجية، أو الأطماع التي يمتد وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الأفاق للعريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تضرع على رئيس الجمهورية -الحائز على ثقة المواطنين- للتوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلك على ثقة مواطنيها، بما يعجز الفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيدة التي تكفل مصالح المواطنين في مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل الدستور، ولا شيء غير الدستور.<sup>(١)</sup>

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule réponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسي مصدر الحقوق التي يكفلها، فقد اعتذر رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون بخول غير المواطنين حق الاقتراع على أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوباً فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدستور قصّر حق الاقتراع على المواطنين.

(١) انظر في ذلك خطاب رئيس الجمهورية الفرنسي الذي وجهه إلى البرلمان في ٨ أبريل ١٩٨٦.

### المبحث الثاني

#### مزايا تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- وإذا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداه تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكفل احتكار قلائل لوسائل الإعلام. فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون، كان على الأغلبية أن تقتصر على قانون آخر ينأهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن القلة التى تبسط سيطرتها على وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها<sup>(١)</sup>.

بل إن الأغلبية -وبالنظر إلى نخوفها من لجوء المعارضة إلى جهة الرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ فى اعتبارها -كما نقره من القوانين- بالقواعد التى أرسنها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدا ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقضاتها وتوجيهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور. وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتتصر الآفاق السياسية عن الجدل القلم، وتتل محطها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها<sup>(٢)</sup>. وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على القرار السياسى، يبلور صورة من صور التقيد الذاتى للعملية التشريعية Une autolimitation du législateur سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحي لهذه العملية، أو بالقيم التى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل السجون إلى قطاع خاص، La privatization des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق تخوفه من أن تقرر جهة الرقابة بطلان مشروع القانون الخاص بها. وقد دل تخوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكما، بما يعيد الطبيعة السياسية إلى

(١) I. C.C. 86- 217 D.C., 19 septembre 1987, R.P. 141.

(٢) C.C. 85- 197 D.C. 23 août 1985, R.p. 70; C.C. 89- 271 D.C., 11 Janvier 1990, R.P. 21; C.C. 83- 165 D.C., 20 Janvier 1984, R.P. 30.



صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يورق القائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تظل القوانين التي يقرونها من شوائبها الدستورية. وكان سعيهم بالتالي حقيقيا من أجل العمل على تنقيتها من مثالبها هذه، بأذنين كل جهد سواء في مجال إعدادها أو تعديلها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة وكائهم بمعاشروها في نومهم ويقظتهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى توقي أزمة سياسية قد تبدو نذرها في الأفق.

وهو ما يجعل الحياة السياسية -في كافة مظاهرها- محكومة بالقانون في إطار ما يرخص الدستور فيه وما لا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعده بديلا عن الصراع والتطاحن السياسي.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية -على الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التي ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها- عريضة في نفوذها إلى حد تغطيتها الحياة السياسية فسي كثير من جوانبها. فلا تكون المخاطر الفاجعة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حائزا للخضوع للدستور؛ وبذل كل جهد لتوقي مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحا أو ضئيلا<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك للكتاب الدوري الشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسي Roland في J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء في هذا الكتاب الدوري الذي وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتي:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entâcher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l'ordre de jour.

وترجمتها: ينبغي أن يبذل كل جهد من أجل تنصيص وإلغاء كافة مخاطر عدم الدستورية التي قد تشوب

مشروعات القوانين وتعديلها وكذلك اقتراحات القوانين المقيدة في جدول الأعمال.

(٢) وفي ذلك يقول السيد Vedel أن المجلس الدستوري في فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قابلة لأن تعمل استقلا عن طبيعة السلطة التي تولجها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار وأن القواعد التي يضعها هذا المجلس في حالة بذاتها، يمكن تطبيقها حرفيا في حالة أخرى Georges Vedel, Débat, 1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك C.C. 86- 225 D.C., 23 Janv. 1987, R.p. 13 حيث قرر المجلس الدستوري أن تعديل قانون قائم، لا يجوز أن يفصل عن الأغراض التي يتوخاها هذا القانون، ولا أن ينافي سياق أحكامه، ولا أن يخل بموضوع ذلك القانون.

وفي ذلك ضمان أكبر لأن يكون القانون موافقا للدستور ليس فقط في مضمون قواعده؛ بل كذلك في الأغراض التي يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمنح الأغلبية البرلمانية والمعارضة نظرها فيه، وتدبره على حكم الدستور تقصيا لأوجه العوار فيه.

وآل الدستور بالتتالي إلى وثيقة تحيط بالمباسبين جميعهم في أفكارهم ومثلهم وتوجهاتهم وتصرفاتهم، وكأنهم يتفلسفونها في صباحهم وليلهم.

### المبحث الثالث

#### الرافضون لطبعم الحياة السياسية بالامستور

٢٧٤- على أن الآراء المباشرة القائلة بظلمة القانون على السياسة وتوجيهها لها، هي التي يرفضها السياسيون سواء في مضمونها أو في دلائلها.

وهم يؤمنون برفضهم دمج الحياة السياسية في الدستور أو إخضاعها في كافة توجهاتها- لأحكامه، على القول بأنهم يحكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقاً، وإنما لأن الحياة السياسية تتطلبها، وموازينها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التي يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم في مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعد -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علاقات جديدة في موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الإحتواء بالقانون، غير سياسية في حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية في حواراتهم مع خصومهم، غير تعبير عن حساباتهم السياسية التي يزودنها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحياة السياسية كأشخاص معتدلين يعصمون بالاعتزان والتبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنهم في أعاصير التقييم الإيديولوجية التي قلما تؤدي ثمارها حتى في مجال الإقناع بها.

وإنما هي المناورة والخطط التكتيكية التي يتظاهرون من خلالها بأنهم حماة القانون؛ ولا يتوخون حقيقة بها غير ضمان ازدياد شعبيتهم، وفقر خصومهم، واعتلاكهم مركزاً متوقفاً في مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بثقة أكبر من ناخبهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالقوة المجردة لقواعده الأمرة. ولئن بدا صحيحاً إلى جهة الرقابة على الدستورية، حواراً بالقانون حول نصوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستهدفون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحراج الحكومة، ووضع العراقيل في وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائي يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقاً للنيل من هيبتها وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط في النهاية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هي التي تقضي على زمام القانون في إطار لعبة سياسية Un jeu politique يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدواتها، ومكملا لحقائقها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقيا. بل ظاهريا، وفي أوضاع بذواتها يرون فيها أن الاحتماء بالدستور أكفل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهوين منها، ودلالاتها قاطعة فسي أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هي التي تسخره لخدمتها وتحقق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوازنان قدرا أو أهمية.

أما الذين يقولون بطلو القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -الخاص منها والعام- ويقضي بيده حتى على الحياة السياسية في كافة جوانبها؛ فلا يبقون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعاليا، ولو نقضتها الحقائق التي يبصرونها<sup>(١)</sup>.

(١) Pierre Favre. Histoire de la science politique, in. Traite de science politique. P. U. F. 1985, vol 1. : Daniel GAXie. jeux croisés. in les usages sociaux du droit. C.U.R.A.P.P. 1989, p. 209.

### المبحث الرابع

#### القائلون بخضوع الحياة السياسية للمستور

٢٧٥- ويؤكد القائلون بخضوع المفاهيم السياسية للمستور، أن الحياة السياسية في دولة ما، وكذلك المهام التي تقوم مؤسساتها عليها، تدور جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطي صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها؛ وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أحزابها، ونطاق حريتها في العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملاً، وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حراً محايداً أم مقيداً بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التي يطبق بها الدستور عملاً، هي التي تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم في الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحيرياتهم، وحدود مجالسها الحيوية؛ وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صمود تصادمهما، ونطاق التعددية في أشكالها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو مؤازرة الحكومة في أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزباً واستقطاباً؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوج من تصرفاتها، غير مقيدة في ذلك بالترابها الحزبي.

ونواحي الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هي التي تثيرها جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للمستور. فلا يكون مجرد صورة قائمة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بمبعد تتردد عليه الأسياب، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإنما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعي معين، فلا ينفصل عن الجماعة التي يعايشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالي دور يقابل دور الدستور في صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا في تقويم استبداد السلطة وسلطتها. وغدا الدستور قابضاً من خلال تطبيقه العملية- على الحياة السياسية بكل معطياتها، مهيمناً على جوانبها من كل أقطارها، بما في ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية وامتيازاته كحل البرلمان، فضلاً عن سلطته في مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مباشرتها لوظائفها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تغفر بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور في اتجاه التقدم بغير نقطة الهيئة القضائية التي تصون الدستور. وما كان السلطة التشريعية نفسها أن تحل عن سياستها التشريعية التي اختلطت لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد الدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير ولشكال الضغوط في الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعسة "Un chiffon de papier" تبلور صورا جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تنسم نصوصها بالصرامة، فلا يكون جزاء الخروج عليها غير إبطال القوانين التي تناقضها.

وفي ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التي تعطيه من المعاني أعمقها؛ وتحدد الأغراض التي يتوخاها، ولقيم التي يحضنها. فلا يكون قضاؤها إلا مرجعا نهائيا للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقا للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو المواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية *Valeur Nominale* أو نظرية *Théorique*، وإنما هو قيمة قاعدية *Normative* لها من الآثار الحقيقية التي ترتبها؛ ومن قوة القهر التي تلتزمها؛ *Des effets réels et contraignants* ما يحيل للدستور وعلى الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية- إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع باتتباع كافة النظم القائمة في بلد ما- القانونية منها والمبسية- عنها. وهي بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجها للحياة السياسية ولحركة التاريخ<sup>(١)</sup>.

(١) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la france sous la ve Republic, Dalloz p. 175 et p. 569 et.s.

### المبحث الخامس

#### المزوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن نقنين السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهما؛ ولا تعبيراً عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من صبور للنزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة للقانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صارت يحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصارت للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسياً في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المواطنين بقواعده وولجبتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا للغة الطبيعية التي يدبر بها رجال السياسة أحاديثهم. وأية لغة غيرها تصمم الناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظلمها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها<sup>(١)</sup>. وهي ترد اجتهداتها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، للمسائل التي احتكم الجدل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيساً لحزب في الوقت الذي يجعل للدستور منه رئيساً للدولة، وحكماً بين سلطاتها، كقلا انتظامها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم فى لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخطبونها بغيرها، ولا يظنون عليها بواعثهم السياسية، ولا دخائل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتزم وأوضاع العصر، بل يجانبها إلى حد القول بأن الحياة السياسية فى بلد ما، لا تتجهج القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التى تؤثر فى تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعى؛ وأوجه التعارض ونطاق التوافق لدخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية؛ ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وتراثها؛ ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، يتفاعلان مع غيرهما من العناصر فى توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة فى الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها فى ثقلها، إلا أن الدستور فى الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حمى، خاصة وأن المراجعة القضائية، هى صمام أمن يحفظ لكل من السلطين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتهما؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التى ينتهجانها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تعطى لنصوص الدستور التى تحتكم إليها لفض نزاع معين، غير المعانى التى تطورها وتكفل للجماعة تقدمها. وهى لا تطبع الحياة السياسية بلفتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدنا أن رجال السياسة لا يديجون حواراتهم -بصفة روتينية- إلا باللغة القانونية.

يرى بطل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن فى خصائص قواعد الدستور؛ ولا فى دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا فى عناصر خارج دائرة القانون كتلك التى تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة فى الصراع السياسى أو بمصالحها واستراتيجيتها؛ وإنما هى العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة



ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخرى؛ فلا يفصل القانون عن السياسة، بل يتزاولان في تدخل، ويمتزجان في ترابط<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فيما تقدم جميعه

### المبحث السادس

#### انعدام الصراع السياسى فى مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطانها التشريعية مجرد واجهة للديموقراطية فى صورتها الشكلية. والقوانين التى تنظرها وتناقشها هى التى صنعها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كى نقرأها فى جملتها، أو نعدلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التى تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر القصور فيها؛ ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامها. وإنما ينحل هذا الجدل فى حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروف عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر -غالبا- على مفرداتها اللفظية التى لا تؤثر صياغتها من جديد فى المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا فى الأغراض التى يتوخاها.

ويستحيل فى إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها فى توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا وفوريا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعيهم هيئة الناخبين التى يفترض أنها أنابتهم عنها فى شئونها وخولتهم تصرفها؛ وهم يتصورون دوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التى كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصومهم، وتحويل إرادة الناخبين سواء بتزييفها أو تشويبها، خاصة وأن عضويتهم فى السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالى أن تقر القوانين التى اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاة بأعين دامية، فلم يكن للباطل يوماً قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع روعهم نبيها. ولكنها خفضتها ثلثة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديداً، ووقعها سينا حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، وللقوم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقاً طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانباً من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية<sup>(١)</sup>. وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية الاعتقاد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المسمول بها في مصر معيبة دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نواصيها وفي أدق تفصيلاتها، فلا ينازعها أحد في شأن من شؤونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تعددية حزبية حقيقية؛ ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعهما. إذ الأغلبية دوماً لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها وأدواتها، فلا تقوم قائمة للتعبير إلا من منظورها، ووفق تصورهما الخاص، وفي الحدود التي تقبلها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما نواه من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة للقانون هي اجتهداها وفق مصالحها.

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ١٦ ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٢٥٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق دستورية - جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ - قاعدة رقم ٣ ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ١٦ ق دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تفويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية؛ ولا حرية بغير ديموقراطية، ولا ديموقراطية بغير الهياكل والحقوق التى تقضى إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال فى مواقفها، ويصححها كذلك عند الاقتضاء.

### الفصل الثالث عشر

#### الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديمقراطية

##### المبحث الأول

##### السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبين حدودها<sup>(١)</sup>.

أما حقوق المواطنين وحرياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايته لها لم تكن عددهم غير النتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تقبض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلا لحقوق الأفراد وحرياتهم غير تقيد السلطة لنفسها وب نفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها، ومباشرة السلطة القضائية لولايتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول الفصلية بعض النظم الديمقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيرا حول مسألة أساسية هي أن السلطة -رمن خلال القيود التي تنظم مباشرتها وتكبح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية<sup>(٣)</sup>.

وهم يؤيدون نظريتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة، أو دمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كنا معنيين بناقضات الفصل العرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن للجدل ظل دائرا حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكلتاهما عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة<sup>(٤)</sup>.

(١) تنص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يستتر حائزا لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

(٢) Montesquieu. De l' esprit des lois, livre XI, chap. 6, P.U.F., 1984.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3 e edition, p. 388.

(٤) Michel Troper, la séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française, L.G.D. 1980, p. 205.

### المبحث الثاني

#### الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوما بالقبول العام، تأميسا على أن الدساتير في تطورهما الراهن، تلهمها حقوق المواطنين وحرياتهم التي تحرص على بيانها بما لا تجهيل فيه<sup>(١)</sup>؛ وأنها لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التي توليها لكل حق أو حرية كلفتها؛ وأن العمل في كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة ال إلى توحيدها من خلال سيطرة بسطتها السلطة التنفيذية المنتخبة -عن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، واقتضائها من الآخرين الخضوع لها، والنزول على توجهاتها؛ بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملا ليس فقط في فرنسا، ولكن كذلك في النمسا والمويد وأسبانيا والبرتغال، بالرغم من تباين دساتير هذه الدول في تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضائل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التي تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحرياتهم التي يطلبونها، أثر كبير في الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تلقاضها حاصلها أن الدستور يكتل الديمقراطية أسمها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحرياتهم.

Passage de la constitution- séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحرياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة ليا كان نوع القيود التي فرضها الدستور عليها. وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكاهم ويلزمونهم احترامها. فضلا عن أن تعزيز الديمقراطية وفق صحيح أسمها،

(١) انظر في ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسي التي تقول:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حقرا للمستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه".

يفترض أن تركز المستير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التي تبعد إطاراً منطقياً لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحريات هي التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية -في الأمم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم الحقها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييراً في نوعيتها.

ولم يعد كافياً بالتالي أن تصوغ المستير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر في اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تعميقاً لتوازنها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل بصورة عملية -ومن خلال مناهجها ووسائلها- لدعسم حقوق مواطنيها وحرياتهم، وأن تقيم لصرحها منظوراً قضائياً *la charte jurisprudentielle des droits et libertés*. مغايراً بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق في صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التي تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة؛ إلى أفكار تتلخصها تقوم على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تقيد نفسها بالقائمة المظقة التي حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المظقة *la liste close* لا تضمنها في الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التي تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مراكز القوة المؤثرة في المجتمع؛ وعلى الحدود التي يؤكد المواطنون فيها -وبكل فئاتهم- يظنهم في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولاً وعمقاً *En largeur et profondeur* منع كل حكم يصدر عنها متضمناً مبدأً دستورياً جديداً<sup>(٢)</sup>. لتحل محل القائمة المظقة، قائمة جديدة مختلفة

(١) انظر في ذلك الوثيقة النهائية لدستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسي التي جاء فيها أن نقطة الأسماء والأزواج والأمهات، وأعينهم المساهرة وكذلك الشباب وكافة المواطنين، هي الضمان لحقوقهم.

*La vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.*

(٢) فما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجنائية يجب أن تصاغ في حدود ضيقة، وأن تتضمن إخطاراً كافياً بحقيقة الأعمال التي تؤثمها، يعد مبدأً دستورياً جديداً كافلاً حقوقاً للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به فضاؤها من أن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون مغرطة في فسوتها أو معنة في الحط من كرامة الإنسان؛ ومن عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، أو تقييد حريته على وجه آخر، بغير الوسائل القانونية المألوفة. فكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، وأضافتها المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جعلها جزء منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها الجهة القضائية للرقابة على الدستورية، والتي لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخي فيه. ولم يعد صحيحاً مطلقاً القول بأن كل قاعدة قانونية بأنى بها القانون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق، *C'est qu'une loi à fait une autre loi peut le défaire* ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغاؤها، وإن كان يدخل فى وظيفتها، إلا أن سلطتها فى ذلك حدها قواعد الدستور التى تمنعها من أن تقر أو تعدل قانونا يدخل بفرائض لها طبيعة دستورية<sup>(١)</sup> *Des exigences de caractère consitutionnel*، وإلا بطل كل قانون ينتهكها<sup>(٢)</sup>.

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية، لم يعد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها من خلال أحكامها التى يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تكونها هذه الجهة بنفسها *L'écriture juridictionnelle des droits*. وهى صورة لا تعمل فى فراغ، ذلك أن التعديل فى أحكامها أو تحويلها أو العنول عنها يقترن دوماً بجزاء يمثل ضماناً قضائية أعلى فى وزنها وقيمتها من نصوص الدستور فى صيغها المجردة والهادئة *L'écriture institué*.

وعلى ضوء تلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدستور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها -وبالنظر إلى غاياتها النهائية- إطاراً لحدود علاقتها بمواطنيها التى لا يكفلها غير آلية قضائية ينشئها الدستور ولا تتوخى غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السلطة التشريعية ذاتها التى كان ينظر إليها قديماً باعتباره أن تشريعاتها هى التى تبلور السيادة الشعبية؛ وأن تمثيلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التى تملكها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالى *la volonté parlementaire* هى ذاتها إرادة الجماهير فى مواقعها المختلفة *La volonté général de la Nation*، ومن ثم تتصهر هاتان الإرادتان وتندمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرافعة قطبية للسيادة الشعبية<sup>(٣)</sup>.

*l'érigeant effectivement en souverain.*

(١) C.C.84- 185 D.C., 18 janvier 1985, R. p.36; C.C., 89- 259 D. C., 26 juillet 1989, R.p.66.

(٢) C.C. 90 - 281 D. C. ; 27 decembre 1990 R. p. 91.

(٣) Carré de Malberg , la loi , expression de la volonté générale, Economica 1984.



بيد أن تصور قيام الديمقراطية على هذه المفاهيم، كان معيبا من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا تنقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها في ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين تمجها في بعضها البعض لضمان تماسكها<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بممتلكاتهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التي تنفصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يعمق الفواصل بين الفريقين، تؤكد حقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التي يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق السيادة الفعلية التي تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون بوضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلاتها.

وإذا كان العمل قد دل على إخفاق الديمقراطية المباشرة - وهي تعبير مباشر، وكامل حين السيادة الشعبية - بالنظر إلى تعذر تطبيقها عملا، مما حمل الجماهير على إيدائها بالديموقراطية التمثيلية التي تفرض بها للجماهير من بنويون عنها في التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يفلحون في التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضائياها بالطريقة التي لا تكفل مصالحها. ويتعين بالتالي تقويم تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التي أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكفلها سواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية والتنفيذية. فلا يقيهما الدستور داخل حدودهما، ولا في منطقة التماس معها، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقرر فقط أن لكل من الأحكام ومحكومهم حقوقا مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

(١) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان في ١٧٦٦/٣/٣ في

Jean- Yves Guimar, L'idéologie Nationale, champ libres 1974, p. 39.

فالمصالح السياسية التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية على تحقيقها، لا يجوز أن تناقض التكوين المدني لمجتمعها الذي تنفوق فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة الشعبية التي كان ارتباطها قويا بالحقوق التي كفلتها في وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قرره من حقوق<sup>(١)</sup>.

ولقد كان الحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية في حقيقة مدلولها والتي لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان - مفضيا إلى تغيير في نوعية المفاهيم الديمقراطية التي يلتزمها المشرع *la qualité démocratique de legislation*. وهو تغيير أن يكتسل في فرنسا إلا بتحويل الأفراد حق الطعن في دستورية القوانين التي يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها<sup>(٢)</sup>.

(١) أعطى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لحقوق الملكية، وغلبها على الإرادة البرلمانية قاضيا بأن الشعب الفرنسي هو الذي رفض بمقتضى الاستفتاء الذي تم في ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان يشمل مبادئ غير التي سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذي وافق على استفتاء ١٣/١٠/١٩٥٨ على نصوص تعطى القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المعلن عنها في ١٧٨٩.

(٢) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستوري في فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم 21 Janv. 1990, R.P. 21 D.C. 89-271 C.C. درسا في الديمقراطية حين وضع البرلمان قيودا غير مبررة على حرية تدفق الآراء والأفكار كذلك دمج المجلس الدستوري بإعلان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبعد الأجانب المقيم بانتظام في فرنسا من الحصول على المعونة الاجتماعية التي يحصل عليها المواطن 13 Janv. 1990, R.P. 22 D.C. 89-269 C.C.

### المبحث الثالث

#### انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.

٢٨٠- على أن الديمقراطية المعاصرة، وإن كانت هي الديمقراطية البرلمانية التي ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيخته التي يقيمها على الحق الإلهي *Le droit divin*، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التي تقضى بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأن لكل المواطنين الحق في العمل معاً -سواء بأشخاصهم أو عن طريق ممثلهم- من أجل تشكيله؛ وكان من يمثلون المواطنين في مجموعهم، قد صاروا مسؤولين عن التعبير عن هذه الإرادة بعد سقوط الديمقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتالي مركز الديمقراطية النيابية التي تقتض وجود ممثلين للجماهير أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها *Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation* فلا تكون القوانين التي يقرونها -ربالضرورة- غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها. ذلك أن إرادة الجماهير لا يشكلها عدد الأفراد الذين يسهمون في تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقل<sup>(١)</sup> *La croyance de la valeur absolue de la raison* هو الذي يضيف عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخضوع الكامل لفرائض العقل وموجباته التي يلتزمها البرلمانيون في تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك في مناقشتهم داخل البرلمان، وأساسها المواجهة، والعلائية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلك أنهم يقدمون مصالح حزبهم على مصالح أمتهم، وتحاز تشريعاتهم كذلك لهيئة الناخبين أكثر من استجابتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلاً من البرلمانيين وأعمق تأثيراً في التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلاً عن أن ضوابط الانتماء الحزبي *Le discipline majoritaire* كثيراً ما يصير بها الحوار داخل البرلمان عقيماً جدياً.

(١) يقول جورج بورديو أن القانون بديل منطقي تفرضه مقتضيات العقل، *U n édifice rationnel élevé pour des êtres de raison* [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution, sirey1956,p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعيشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحق طموحاتهم ويحرر عن روحهم، ويفرض أشكالاً من الرقابة على حكائهم.

وكان ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من تأثير وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إقباتهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو التعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة<sup>(١)</sup>.

واقترن أقول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديمقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقاليد الأمور في أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأكثر لتحقيق المهام الوطنية.

ولقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى في تحقيق الديمقراطية المباشرة، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام<sup>(٢)</sup>. بل إن الحقائق العلمية التي قام عليها هذا الطور من الديمقراطية المعاصرة؛ هي التي أفاد المشرع منها في تطوير القوانين التي أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديموقراطية سرعان ما أخفق في ضمان الحماية الحقيقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق لفتاتهم بأن الإدارة لم تطلع في مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا في تحقيق معدل مقبول للتنمية؛ ولا في ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفاءتها في العمل، صار مشكوكاً فيها. وتجرق قلوبها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعها، بل وخصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هي الأكثر على العمل. وكان ملحوظاً كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتقويضها فرص للنظم المختلفة في النهوض بمسؤولياتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شئون مجتمعها<sup>(٣)</sup> *La maître absolue de la société.*

(١) Walter Begehat, La Constitution Britannique, Paris - Germer- Bailliére, 1869.

(٢) Georges Burdeau, L'Etat, Seuil, 1970, p. N 7.

(٣) Jacques Chevollier, La fin de l'Etat providence, projet, Mars 1980.

### المبحث الرابع

#### دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديمقراطية

٢٨١- وإذا كان من الفرائض التي تقتضيها الديمقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة -وبصورة مطردة - بالقيم التي ارتضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقي أن يلعب دور القضاة في انظم الدستورية ذلك أن الوظيفة التي يتولونها انتقادية بطبيعتها Une fonction critique تتغيا تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، والتحقق من مطابقتها للقيم التي قام مجتمعهم عليها، كقيم التكافؤ في المعاملة القانونية، وفي الحرية، وفي الملكية. وظهر القضاة بوصفهم أماء على هذه القيم، يحرسونها ويردون كل عدوان عليها Les gardiens des valeurs ، ويستخلصون كذلك الضوابط التي يحدون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من قيم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها في شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديمقراطية.

٢٨٢- وقد أثار ذلك تساؤلا حول للشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة -غير المنتجسين- في أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر<sup>(١)</sup>.

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيعيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضى تحديد مفهوم الديمقراطية التي يعمل القضاة في إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون Les positivistes يفسرون الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاة في أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفرض أولا تحقق خلال إجراءاته فيه Irrégularité de procedure<sup>(٢)</sup> ويميزون في ذلك بين منطقة الشرعية للدستورية التي تعينها السلطة التأسيسية، ومنطقة الشرعية للقانونية التي يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع في منطقة للشرعية الدستورية سواء بتنظيم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تتناقض في مضمونها المبادئ الموضوعية التي وضعتها السلطة للتأسيسية؛ فإن للمشرع يكون قد جاوز حدود

(١) Georges Védél, la conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l' homme, Pouvoirs, 1988, no. 45, P.P. 149.

(٢) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche. Economica, 1986,p.17.

ضوابط الاختصاص التي وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقتي للشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التي أقرها المشرع غير جزاء على تنظيمه مسائل، أو إيراده لنصوص قانونية لا يختص بها. وليس في تقرير هذا الجزء مخالفة لأصول الديمقراطية ومبادئها. ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يطول بإراحتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية يحضون بها إرادة الجماهير التي يعبر عنها نوابهم البرلمانيون، ولا يبحثون في القيمة الداخلية للقانون *La valeur intrinsèque de la loi* ولا ينظرون كذلك في الخصائص الخلقية التي يقوم عليها *La moralité de la loi*؛ ولكنهم يكشفون فقط عن انتفاء ولاية المشرع فيما أكره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الخلل الإجرائي في هذه النصوص التي يجوز إقرارها من جديد بعد نقاديه<sup>(١)</sup>.

وفضلا عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمتثل لأحكامه، وأن تعمل في إطارها. بما يقيم تدرجا هرميا بين الدستور والسلطة التي أحدثها. فإذا نقض قضاء الشرعية الدستورية قانونا مخالفا في شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التي تمثل التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقدمون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديمقراطية أسسها وضوابطها.

فلا يخلون بالقيم الديمقراطية، ولكنهم يوثقونها عن طريق تطبيقهم الدستور - وهو التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية - على كل سلطة في الدولة، بما في ذلك قضاء الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام<sup>(٢)</sup>.

(١) والسلطة التأسيسية - لا المشرع العادي - هي التي تتولى تصحيح القانون المعيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستوري *Par la voie d'une loi constitutionnelle*.

(٢) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تخضع للدستور شأنها في ذلك شأن السلطين الآخرين. ولا يجوز بالتالي أن تعمل أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ساء في بعض الدول كالنمسا والبرتغال، أن يعيد البرلمان بأغلبية خاصة إقرار القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستوريته بقرار من المجلس الدستوري الفرنسي. وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي انحصار رقابته في القوانين التي أقرها البرلمان لا تلك التي وافق الشعب عليها في الاستفتاء.

٢٨٤- والطبيعيون *Les jus-naturalistes* يؤيدون كذلك تدخل قضاء الشرعية الدستورية في أعمال البرلمان، ولكنهم يؤسسون هذا التدخل على حجتين مختلفتين:

أولاهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان في عالميتها وتوقعها، وعدم جواز الإخلال بها، وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التي قننتها ووثقتها علانية. ذلك أن حقوق الإنسان كاملة فيه، وليس للسلطة السياسية ولا الجماعة التي يرتبط بها، من شأن محتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فإن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قائما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن، وفي عصيان صور القهر والاضطهاد. يبلور حقوقه الطبيعية التي لا يسلمها التقادم والتي تتوخى تحقيقها كسل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة في الدولة بالتالي أن تبعد ما تراه من الحقوق. إذ لا يمعها وبالنظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- غير أن تكون الحقوق التي نلتهم وحقوق الإنسان هذه التي يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين في حركتها، لتفرض نفسها عليها كحقيقة أمره تتمم بالإطلاق.

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها واقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية<sup>(١)</sup> فإذا كفلها قضاء الشرعية الدستورية من خلال فصلهم في دستورية القوانين للتحقق من إخلالها أو تعديها بهذه الحقوق، فإن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديمقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا في ضوء تلك الحقوق، التي تفرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يعدو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

(١) انظر في ذلك ص ١٧ و ١٨ من المؤلف:

Charles Cadaux. Droit constitutionnel et institutions politiques, quatrième édition.

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها، ذلك أن قضاء هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التي تخل بها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعارضون القيم الديمقراطية، وإنما يعطونها التعبير الأعلى من خلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعلية. فلا تطلق يداهما في كافة الشئون L'absolutisme، ولا يقارن التحكم L'arbitraire تصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القانون هي التي تغدو. وتفرض عليها الانصياع للقضاء الذين يلزمونها بالاختصاص لها.

ومن ثم تنقيد للدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تعلوها وتستقل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l'hétérolimitation.

ويبنى أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج في القواعد القانونية. ولكنها أولا وقبل كل شيء وسيلة لإلزامها باحترام حقوق الإنسان وحيثياته، وضمان تنفيذ دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وأيا كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والتسامح.

وجميعها حقوق تكفل لانتفاع الأفراد بها في مواجهة للدولة التي قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسستها -القضائية منها بوجه خاص- غير تأكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية.

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرائض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديمقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي تقيسها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان؛ وتفترض وجود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة الأغلبية



البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأقلياتهم وطوائفهم وألوانهم وأيما كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ١١/١/١٩٩٠، أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت الديمقراطية بالتالي مفهوما قضائيا متحركا، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها<sup>(١)</sup>.

La démocratie ainsi définie, dévient donc un concept constitutionnel opératoire. C'est à dire une règle de jugement des actes de l'Etat.

---

(١) C.C. 89-271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

### المبحث الخامس

#### تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التي يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن القواعد الدستورية -الشكلية منها والموضوعية- تحمل في ذاتها دلائل معانيها، فلا تستبطن جهة الرقابة القضائية منها هذه المعاني، إذ هي واضحة من ذات قواعد الدستور. وإن يكون إبطالها للقانون المناقض للدستور بالتالي، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التي ارتكبها.

فإذا علق قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها لن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تنافض تطبيق وجودها على ترخيص سابق، إداريا كان أم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا في شأن تأميم أموال المشروع للخاص، فإن جهة الرقابة التي تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تنكيهه بأن المواد ٢ و ١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي، تعنيان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع للخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية في مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التي خالفها. وهي قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

ولن يزيد دورها بالتالي على مجرد نقلها وترجيدها بلسانها La porte-parole وفي هذا الإطار بصير المنطق القضائي شبيها بعملية حسابية، تنحصر في إنزال القاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق القياس المنطقي الذي يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تملوه، مؤده أن بصير القانون باطلا.

ولا اجتهد في ذلك من قضاة جهة الرقابة القضائية، وكأنهم مجرد أفواه يرددون معاني تتطرق بها نصوص الدستور *les juges n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la constitution* فلا تكون لهم لية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القاعدة

(١) هذه العبارة مستمدة من مونيسكيو في مؤلفه روح القوانين. Liver Xi, chap.6.

الدمسورية أسبق فى وجودها من وجود جهة الرقابة. وهى بذلك لا تتشبهها. ولكنها تعطينا بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من ترديد جهة الرقابة للقاعدة الدستورية بنفسها وفحواها إنكار لحقيقة المهام التى تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استبطانها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية، ومفاضلتها بين المعانى المتعددة التى تحملها؛ واختيارها واحداً من بينها يكون أدنى إلى فهمها لحقيقة دلالتها. وتلك عملية خلق للقانون تتناقض أراء الوضعيين والطبيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من ترديد قاعدة دستورية تتقيد هى نفسها بها.

وكنهم ينظفون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية فى اعتبارها، وأنها متكفلة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التى تعاقبها. وهو ما يناقض حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بألية عمياء. ولكنها تقوم أولاً بتحديد معاني نصوصه حتى الواضحة منها. بل هى تقاضى بين المعاني التى يحملها النص الواحد، وتختار واحداً من بينها فى إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائى لنصوص الدستور. فلا تحصل هذه النصوص فى النهاية، غير المعاني التى تتسببها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسؤولة عن أعمالها أمام لىة جهة<sup>(١)</sup>، ولا يجوز بالتالى أن تباشر دوراً سياسياً؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتقويمها، وهى تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغى أن يكون سلوكاً رشيداً للقائمين بالعمل العام فى مواقفه المختلفة.

فضلاً عن أن الرقابة التى تباشرها لها نكلها سواء فى مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحوار حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عدد عرضه عليها.

(١) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التى حولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تباشرها إلا جهة يجوز محاسبتها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مسابة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها؛ ومحاسبة البرلمان من خلال طه، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاقتراع الذى قد يأتى بأغلبية برلمانية تعادها.

ولم يعد للبرلمان بالتالي -في مباشرته لسلطته التشريعية- أن يخل بأية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(١)</sup>. ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يطبقها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور<sup>(٢)</sup>.

la loi n'exprime pas la volonté générale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعني أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق الفرد وحياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة، وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحوار حول المشروع تحدياً أو رفضاً من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها. وإن كان متفاوتاً في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -بصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملاءمة نصوصه، أو من زووية مضمونها.

وشرعية جهة الرقابة أساسها احتيازها لقيم الدستور واتصافها بحقوق الفرد وحياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطيلها مركزاً متميزاً على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائياً. فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الحلول التي تستصوبها. إذ تتأثر في قراراتها بمجموعة من العوامل تقيدها على حدود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأستاذة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يفسرون الدستور كل وفق ما يراه أكثر صواباً لأحكامه وإلى جانبهم رجال الصحافة بضغطها وتعبئتها لأراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات والنقابات -العالية والمهنية-

(١) C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982, R. p. 18.

(٢) C.C. 85 - 197 D. C. 23 Août 1985, R. p. 70

فلا تكون آراؤها غير قوة تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا لسي تقريراتها، خاصة إذا قبلتها سوابقتها القديمة بمفاهيمها<sup>(١)</sup>.

وفي ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية للدستورية، أن توفق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحرص على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها تكفل تماسكها، وتحول دون تعثرها، فلا تتباعد أو تتناقض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها قائما من منطلق قوة الإقناع، ويقتطع للضمير. فما تقرره جهة الرقابة على الدستورية من أن كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا لا يجوز أن يكون تعبيرا منفلتا دون ضابط، ولا منبئا عن سلطة تقديرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإنما عليها أن تقيم لهذه القاعدة أسسها ودعاماتها التي يناقشها الناقون لها، فلا تكون صحتها ومثاقبتها حجة، غير دعوة مفتوحة للانضمام إلى تقريراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها؛ وأن تقدر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مضيا إلى منطوقها، دالا على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك ما يمايز بين النظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولاهما تنظر إلى حقوق الفرد وحرياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنتها، ولا تتسامح في جدل يدور حول توسعتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تُلزَم بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تتغلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مفتوحة معانيها، متطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحوار تتنوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح بدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شوعية نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

(١) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrième édition, p. 299-315.



### المبحث السادس

#### أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لن تحقق ما يرد لها من تطور، ولن تبلغ الآمال المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها؛ والتي تعارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها، والقواصل التي لا يجوز تخطيها؛ والمسائل التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مظقة، والحلول الجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفريقها بين المواطنين؛ والحواجز التي تقيد مضمون الحوار وطرائقه؛ والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولاً إلى المراكز المؤثرة في اتخاذ القرار؛ وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها؛ واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلا من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلا لا بهتاناً؛ مغالبة لا زلفى.

ولا تزال السلطة في الدول القائمة -حتى اليوم- بيد فئة محدودة تلو بموقعها فوق كل الجباء، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتقر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقاً بها، وإنما يقدمون قرابينهم إليها حتى يحظوا بموطئ قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التي تكافئهم بها، والفرص التي تتيحها لهم بغير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلماً يتقاسمونها، وغنائم يختصون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابعون في أماكنهم لا يتحولون عنها حتى لا تتألم السلطة بفحشها وتمردها، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهرة السلطة بريقا خاطفا للأبصار. وطغيان نفوذها قاهرا لكل القيم، وإفكها يتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوبا وإطرا.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي تباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أحد بصرى بأمل مواطنهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في السدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقاييسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحرياته في مصر لا تحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق المعايير التي التزمتها الدول الديمقراطية واتخذتها أسلوباً لحيتها، فلا تكون لحقوقهم وحرياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها. بل هي الأفاق للديمقراطية الأرحب والأعمق، نسعها في كل تطبيقاتها، ونزأجها بالقيم التي احتضنها الدستور، وبخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها؛ وبضرورة أن تكون الحرية في معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وسلطة التقرير<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "ستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التي نسمو في دولة القانون عليها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية بإفراد، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة.

وأنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "ستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية العليا إن الإبداع ليس إلا موقفاً حراً واعياً يتناول ألواناً من العلوم والفنون تحدد أشكالها وطرائق التعبير منها. وهو في حياة الأمم إزاء لها وأداة لارتقاها.



### الفصل الرابع عشر

#### الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

##### المبحث الأول

##### تنوع مصادر الشرعية الدستورية

٢٨٧- تنتوع المصادر التي تحكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى مجال الفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جواره نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تفاوتها معانيها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها. Hétérogénéité بالنظر إلى اختلافها فى الحقائق التاريخية التي تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التي لتبنتها، فلا يكون نميجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التي وجهتها ولا القيم التي لحتوتها، ولا الأجواء التي لا يستها.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تتافرها فيما بينها يعتبر جوهر خصائصها Le caractère principal.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق فى الحياة وحرية التنقل، مقرررة أصلا لمصلحة الفرد فى مواجهة الدولة التي يتعين عليها ألا تتدخل فى هذه الحقوق إلا فى أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع المواطنين بها، وتأكيد ذاتيتهم، أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضارون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضى تدخلا إيجابيا من الدولة بجعلها مدينة بها Droits - créances لمصلحة الأفراد والجماعات كضمانها حدا أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية وأدواتها، وكفالتها الوسائل الطبية التي تصون بها صحة مواطنيها وتقيهم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هي التي بينتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

الأصل في الحقوق المدنية والسياسية، هو اتساعها بإمكان توكيدها قضاء justiciable وإنفاذا جبرا Enforceable ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتضى، يعتبر كافيا لضمناها، وعليها بالتالي ألا تأتي أفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتحريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التي تنتجها قدراتها؛ بما موداه، أن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هي التي تكافض الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس في آن واحد، بل يكون تحقيقها لدخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤولياتها قبل مولتيها، وإمكان النهوض بمطالباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق فلفا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تكاليف تمتد زمتا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مسؤولياتها وتبعات لطاقها، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها متتايما، واقعا في أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يتعلق التغاير في الحقوق بما هو منصوص عليه منها في الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق في مبادئها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم الفرد على الجماعة، وتظهر نزعة الفردية شديدة للوضوح. ومنها ما يؤسس الديمقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التي تقدم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط في الخطوط المريضة التي تعمل في إطارها. وإنما كذلك في مكوناتها.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يخلون بحق المرافق في ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التي تقوم إلى جوار حق المرافق في تأمين سيرها المنتظم. وكلاما بالتالي حقان دستوريان<sup>(٢)</sup>.

(١) دستورية عليا "القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية" دستورية" جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥١ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) C. C. 79- 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33.



### المبحث الثاني

#### التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه للصور من التعارض وما يمثلها، والتي تتعلق جميعها بالحقوق التي تكفلها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق في مضمونها الداخلي، وإن أمكن إلّا أنها من خلال التوفيق بين الأحكام التي تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال في الامتناع عن العمل، وحق المرافق في ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا يطرأ انقطاع على سيرها المنتظم..

وتظل الحقيقة الثابتة التي تظل دوماً برأسها هي أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق، قد تتعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينقض بعضها البعض حال تعددها؛ وأنه حتى في نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق في مضمونها. وقد يفترض بعضها إلى التحديد، فلا تكون معانيها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص في المبادئ التي تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عموم عباراتها بغاير بينها وبين القواعد القانونية التي يحيط التفصيل الدقيق بأحكامها، ويظل واضحاً أن ما هو جلي من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي من أن للقانون لا يجوز أن يقرر عقوبة جنائية ما لم تعرضها الضرورة الظاهرة المتناهية في شدتها *Strictement et évidemment nécessaires*، يتم بالمغوص، إذ لا تبين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التي يجوز فرضها. وحق العمال في الإضراب عن العمل، وإن كان واضحاً في معناه، إلا أن حرية تداول الأفكار والآراء تقتضي إلى التحديد. فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يلقونها؟! وهل حرية وسائل الإعلام هي حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفوذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -وأيما كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء في ذلك تلك التي تنطبق بضرورة العقوبة<sup>(١)</sup> أو بتأمين الأفراد في أشخاصهم وأموالهم وصحتهم<sup>(٢)</sup>؛ أو بحرية تدفق الآراء والأفكار من روافدها

(١) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.

(٢) C.C. 80- 117 D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة<sup>(١)</sup> أو بالحق في الحصول على عمل<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن غموض الوثيقة الواحدة أو الوثائق المتعددة في بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجوز غرض البصر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون مدخلا إلى تماحيها، ولا أن يؤدي إلى تهافتها فيما بينها.

فما غرض من نصوصها لا يجوز استبعادها وليس لنصوصها الجلية قيمة أكبر من سواها. والتوفيق بين أجزاءها حال تعارضها من الأغراض التي تقوم عليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. وهي تقوم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وترفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التي تكفلها الوثائق الدستورية -وليس كانت دوافعها أو الفلسفة التي تقوم عليها- لا تخرج فيما بينها، ولا يجوز ترتيبها بصورة متساعده على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا لبعضها الآخر. ذلك أن تكملتها لها تأكيد سد الفراغ فيها، وتدل على تضام تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة الكاملة.

#### ٢٨٩- وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها<sup>(٣)</sup>:

>>>من المقرر أن حقوق الإنسان وحرياته التي كفلها الدستور لا تخرج فيما بينها ليطو بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها فيما عليا تنظم حقوقاً لا تنقسم، فلا يجوز تجزئتها، بل يكون ضمانها في مجموع عناصرها ومكوناتها، لازماً لتطور الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولي العام، التي تشكل في التطور الراهن لهذه الحقوق، كثيراً من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كذلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وألا تفرض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجحاً، أو مهيناً، أو كاشفاً عن هسوتها، ولا أن يكون مسخراً لغيره أو مسترقاً- خصائص تكفل ضمانها في كل الظروف، فلا يجوز تجريد أحد من محتواها، أو إرهابها بقيود تتال منها، ولأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرها من

(١) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.

(٢) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.

(٣) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٤/١ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٥٦٦ - ٥٦٧ - من الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها قنّى إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وأهميته. بل يتعين أن تتوافق وتتعاغم فيما بينها، لتتكامل بها الشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عبقاً ونبلاً.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقررره الدولة لمواطنيها من التدابير الاقتصادية والاجتماعية التي تعيد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك، فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلاً ضد جنوح السلطة وانحرافها، وضماناً لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنياً نابضاً بالحياة».

### المبحث الثالث

#### تعاون الوثائق الدستورية لا تتأخرها

٢٩٠- وفضلاً عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألق في صدورها *Lex posterior* قيمة أكبر من تلك للمابقة عليها. فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة *Droits nécessaires à notre temps*، تكون أعلى قدراً من الحقوق التي كفلتها وثائق ماضية *Droits de caractère dépassé*.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلهما جزءاً من الدستور القائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلي عنها مفاهيم معاصرة، ويفيد تماويلهما في القوة والأثر بعد اقتراع الجماهير عليها معاً في استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فإن التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها يفيد بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تقتدر إلى الدائم التي ترجحها.

ويتعين بالتالي النظر إلى الحقوق التي ترجحها للوثائق الدستورية في صلبها، لا على أساس أن بعضها أكثر دستورية من غيرها *Plus constitutionnel qu' d'autres*، ولا على أنها تتفرق ولا تتكامل؛ ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافاً إلى غيره، أو محدداً محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو لتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأقرب لحل النزاع، والأكثر اتصالاً بالبعداء.

ويقتضيها ذلك أن تجل بصرها في كل حالة على حدة، وأن تقدم لأسبوب الطول التي ترتبها من خلال عملية انتقائية تجربها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والنسب تتزاحم فيما بينها على حكم العلائق القانونية التي يطررها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملاءمة لها. وليس ذلك إلا تحكيماً يقدم القاعدة الأقرب لحل النزاع على سواها. وفي إطار هذه الدائرة تباشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية الدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تفاضل دستوريا بين الحقوق التي تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التي لها حكمها؛ إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة للقضائية في نطاق الحماية التي تكفلها للحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها<sup>(١)</sup>.

بيد أن وجهة النظر هذه ينفيها أن القائلين بها غير منفتحين فيما بينهم على قائمة الحقوق التي تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على سواها<sup>(٢)</sup>.

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق في الاجتماع وحرية التعليم<sup>(٣)</sup>. ومنهم من يعطى أولوية في الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق في الحرية، وفي الأمن، والملكية والشرع على الطغيان<sup>(٤)</sup>. واختلافهم على هذا النحو في قائمة الحقوق الأجر بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة الشخصية لاجتهاداتهم، وأن مآلها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وتدرجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتساويها في مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التعددية التي يعطيها المجال الدستوري الفرنسي قيمة مطلقة كأحد شروط الديمقراطية<sup>(٥)</sup>. Le respect du pluralisme est une des conditions de la démocratie أو هي أساسها<sup>(٦)</sup>.

وفيما عدا التعددية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تقييده.

(١) Dominique Rousseau, Droit du contenu constitutionnel, 4<sup>e</sup> édition, p. 114.

(٢) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

(٣) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l'homme, p. 33.

(٤) Domonique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U. F., droit fondamental, 1986, p. 86.

(٥) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R.P. 28.

(٦) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R.p. 141; C. C. 89- 271, D. C., 11 janv. 1990, R.P. 21.



فالحائزون لأسهم يملكونها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها<sup>(١)</sup> كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام<sup>(٢)</sup> ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطبايق والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين<sup>(٣)</sup>.

كذلك يجوز تقييد الحرية الشخصية وحرية الانتقال لحماية أغراض ذات قيمة دستورية تقتضيها المصلحة العامة<sup>(٤)</sup>. وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية<sup>(٥)</sup>، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلمون بها<sup>(٦)</sup>.

وتوفق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنظم؛ وبين حق العمال في الإضراب<sup>(٧)</sup>، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية الشخصية في تحديد الأجر؛ وبين حرية التفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها - وفيما عدا الحق في التعددية - تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطار مباشرتها، ومن أوصافها التي لا تنفصل عنها، والتي لا شأن لها بترتيبها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الواحد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، على ضوء أوضاع متغيرة. ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون القيود عليها أقل؛ ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

(١) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٢) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989, R. P. 41.

(٣) C. C. 90- 283 D.C., 8 Janv. 1991, R.P. 11.

(٤) C.C. 85- 187 D.C., 25 janv. 1985, R.p. 43.

(٥) C.C. 84- 185 D.C., 18 janv. 1985, R.p. 36.

(٦) C.C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

(٧) C.C. 89- 257 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 59.

وإنما الحقوق في حركتها وفي إطار الأوضاع التي نقارن مباشرتها، هي ضوابط تنظيمها.

فالقيود التي فرضها المشرع على الإعلان عن الطبايق والكحول، وإن كان لا نزاع في مساسها بالحقوق في الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمان صحة المواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستورياً<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان الدستور يصونها، ويرفض بالتالي تطبيق إصدار الصحافة المقررة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا الترخيص يكون مطلوباً كتقييد على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الخلقية التي قد تخطئ بها وسائل الإعلام السمعية والبصرية<sup>(٢)</sup>.

ويضاف حرية تكوين الجمعية، تعلق بإنشائها على ترخيص سابق، ما لم تكن تكتسب الجمعية أجنبية<sup>(٣)</sup>.

وتتفاوت القيود التي يجوز فرضها على الحق في الإضراب، على ضوء أهمية المرفق العام، فتكون هذه القيود أكبر في المرافق التي تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حدة في مرافق الراديو والتلفزيون.

ويبطل بالتالي كل تعميم للقيود التي يجوز فرضها على المرافق العامة، والتي لا يعتد في تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التي تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عن العمل<sup>(٤)</sup>.

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التي يجوز فرضها عليها في أوضاع تلبسها؛ مؤداه ضرورة النظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلى تطبيقاتها العملية، وأن تقرر جهة الرقابة القضائية بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعاة أن المبدأ الولد قد تتغير قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

(١) C.C. 90-283 D.C., 8 janv. 1991, R.p. 11.

(٢) C.C. 86-217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٣) C.C. 71-44 D.C., 16 juil. 1971, R.p. 29.

(٤) C.C. 80-117 D.C., 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79-105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33; C.C. 87-230 D.C., 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصياً تتولاه جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها، إلا أن شخصية التقدير لا تعنى التحكم، ولا تقضى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

وإنما تعمل الجهة القضائية للرقابة في إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها؛ وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالي عن بلدها، ولا عن سلطاتها، وأحزابها، وفقهائها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقيود التي يجوز فرضها، وتلك التي يتعين رفضها.

وهي تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها آخذة في اعتبارها عوامل شتى تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التي طرحها الدافعون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودوافعهم السياسية. فضلاً عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التي تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التي تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التي تثارن الحكم الصادر فيها، وأثره على تطور مجتمعها، وضوابط القيم التي ينبغي أن يكتفلها.

وعليها أن تستلهم في ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترباط المنطقي بين هذا الحكم وأحكامها السابقة، لتعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق البنى تؤكد بعضها ببعض، فلا تتنافر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هي التي تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تقابل معها. وهي تطور مفاهيمها القضائية كي تكفل لمجتمعها السير في اتجاه التقدم *La marche vers le progrès*، ولو تم ذلك بخطى وثيدة<sup>(١)</sup>.

(١) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 déc. 1981.

الفصل الخامس عشر  
الرقابة القضائية على الدستورية  
في حدودها الداخلية والخارجية

٢٩١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور في متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقابل ما يقرره القضاء العفان من الفصل فى دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التى تبلور ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التى تتعلق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

المبحث الأول  
مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية  
Le contrôle de la constitutionnalité externe

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التى تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك فى الأحوال التى لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولايتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فىكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompétence positive إذا أقرت قانونا عاديا فى مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية<sup>(١)</sup> فى الدول التى تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا فى المسائل التى احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا يتحقق بتخليها عن مباشرة اختصاص يدخل ولايتها<sup>(٢)</sup>. كأن تعهد إلى سلطة مطية بفرض ضريبة لا تدخل فى اختصاصها، أو تكفل لإيها أمر تحديد وعائها أو سعرها أو تاريخ بدء سريانها؛ أو تحيل إلى منظمة وطنية أمر تحديد القواعد التى يتحول بها القطاع العام إلى قطاع خاص. أو تقرير القواعد التى تقيد ممن احتكر وسائل الاتصال، ويوجه خاص تلك التى تكفل التعددية الصحفية<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٢) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.

(٣) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض في هذه الصور جميعها يفيد تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها في الوقت الذي لا يدعوها الدستور فقط إلى تولي مهامها؛ وإنما يكلفها كذلك بالنهوض بها، ويحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التي تدخل في اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التي فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التي يقوم عليها، كان حائلاً دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في هذه الفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكولاً سلبياً عن مباشرتها؛ متملاً بحسب خروجها عن حدود هذه الولاية، تعدياً إيجابياً على سلطة تملكها غيرها.

ويستتبع تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر في مواجهة هذا التخلي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، الحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكلما كان التفويض الصادر عن السلطة التشريعية مرناً غير قاطعة حدوده، فإن الجهة التي فوضتها في اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسليها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد في أن تولجهم من تلقاء نفسها *D'office*، إذا لم يكن الطاعن قد فطن إلى هذا العوار، أو كان لم يحسب به (١).

على أن للطاعن للشكوى التي تعتور النصوص القانونية، لا تقتصر على اقتحامها وإلابة اختص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، إذا كان للدستور قد حظر الوقوع فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيما كان قدره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداه بطلان النصوص القانونية التي تعلق كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، مؤداه بطلانها، أيما كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

(١) C.C. 83 165 D.C. 20 janv. 1984. R.p. 38.

ويعتبر خلا إجرائيا يبطل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقهم في التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض في بعض جوانبه، أو من الحصول على أية معلومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التي تضمنها. ذلك أن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، من قولها؛ لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيتها أصلا في غيبتها، لتنفذ بتخلفها سماتها كتواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها<sup>(١)</sup> وتتوافر المخالفة الشكلية كذلك لنصوص الدستور، إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التي أحاط بها الدستور إقرار القانون. ومن ذلك لتفاتها عن الحصول على رأى الجهة التي عينها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها في مشروع القانون قبل الاقتراع عليه<sup>(٢)</sup>.

ولا تتردد جهة الرقابة في أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تنجم عن إعمال القواعد الشكلية التي تطلبها الدستور<sup>(٣)</sup>.

ولقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته في هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الآراء الاستشارية التي يطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الآراء متصلا وجوبا بموضوع القانون، ولو لم يطلبها الدستور<sup>(٤)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن مجرد توفر صلة -لها كان عمقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة ينظم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافيا لإيجاب أخذ رأيها فيه. وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضيا هذا الوجوب.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جملة ٣ يولييه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٩/٢ - من ٥٤-٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعلا بلص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا في القوانين المكتملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى في شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان الإعلان جزءا تخلف هذه الشكلية التي أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢/ ٥٤، ٤١، ٢٤، ٢٣، ٢٢٦ - من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 80- 122 D.C., 22juil, 1980, R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C., 16 Déc.1981, R.p.39.

(٣) C.C. 81 - 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981, R.p. 35.

(٤) C C. 77 - 83 D.C., 20 Juil. 1977, R.p. 39.

ويتعين دوماً أن تكبر السلطة التشريعية مناقشتها في شأن مشروع القانون وفقاً للأوضاع الإجرائية التي يقتضيها الدستور. فلا تقر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتصلة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها<sup>(١)</sup>.

---

(١) C.C. 79 – 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

### المبحث الثاني

#### الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التي تتلخص فيها مادة القانون، الدستور في محتواه. ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها.  
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفاً للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع الظرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفاً كذلك -في حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته لتحرفا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -والمحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة<sup>(١)</sup> le détournement de pouvoir؛ إلا أن كثيرين

(١) يبين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية -دستورية المصادر عنها بجمعتها المعقودة في ١٩٧٥/٧/٧ إشر هذا الحكم في ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعوى الدستورية أن المدعى في الدعوى المذكورة نعى على القانون المطعون فيه صدوره مشوباً بعبس الانحراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من النعى، لا لأنه غير جائز - بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قطبت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية 'دستورية' الصادر عنها بجلستها المعقودة في ١٩٩٨/٣/٧ إشر هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطياً، وعيباً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه وأشياء يتكبحها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها.



يعارضون في ذلك قولا منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدها، ولا تقديم الدليل على توليهم في مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التي تلتزمها الدستور في العملية التشريعية.

فضلا عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تتحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلفي لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كأشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفتنون، وأنهم ينقلبون عليها قصدا، ويعمدون إلى الأضرار بها التواء، وينفرون بوجوه منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيها أن المحكمة الدستورية العليا - في مجال تقصيصها لموازن مجاوزة السلطة لتحرفا عليها - أن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقره من القوانين؛ ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تكل عليها، مثلما هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتعقدها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التكليل عليها بالمظاهر الخارجية التي تنشئ بها.

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تحليل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التي أقرها قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن ينسب على انحرفها من خلال مظاهر خارجية تفصح بذاتها عن تكبتها المصلحة العامة التي يفترض أن تتقيها.

فلا يكون الدليل على انحرفها مباشرا، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضاربة. ومن ذلك مضايقات مناقشتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التي انبثقت عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقبوله فورا بالصورة التي عرض بها؛ ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة، والتأثير على المعارضين لمشروع القانون بالأغواء أو التهديد - لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتسائدة التي تدل على أن الممارسة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فلن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور في محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية في الصحافة التي يكفلها تنوع آرائها، ويقوضها تقليص دائرة ترويجها، وإنما كذلك متضمنا انحرافا في استعمال السلطة لتوجيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تفقها ويكفل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفضلا عما تقدم، يعتبر القانون -في حدوده الداخلية- مخالفا للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ السلطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاء للشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهي عملية تتم على مرحلتين: أولاهما تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها. وثانيتهما تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالي دمجها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقي للنصوص التي احتواها، ولو أضافوا إليها معاني غير التي يدل ظاهرها عليها.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقا للدستور. بل حسبها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لا أن تبذل منها، أو تدخل لوصافا عليها تقريبا من الدستور.

ذلك أن التفسير الحق لنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ للتفسير ذريعة إلى تكلمة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها؛ ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو مخاطبين بها؛ ولا إلى تحويل آثارها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوئها مقاصدها، فلا تحرفها جهة الرقابة لتوفقها مع الدستور، وليس لها أن تعيد كتابتها؛ ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا للتعديل جزئياً.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايداً من النصوص القانونية المطعون عليها. فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها مفاهيم تتناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاء الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها. وعليها بالتالي ألا تقصر إرادتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها وقوفاً عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة للدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية الجبهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تعلق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تطبيقها، وإن ساء لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مستقبلاً بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منهما أصلاً في حدود ولايته.

### المبحث الثالث

#### نظرية الخطأ الظاهر

#### L'erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعيز عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به<sup>(١)</sup>.

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تتناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافا تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. ويباشر قضاء الشرعية للدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تتناقض حكما في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اخلت تناسبا بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وذلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي نتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتعمق دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع للنصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وذلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل في ملائمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

(١) C. C 74-54 D, C 15 janv. 1975. R.p. 19; C.C. 84- 179.D.C., 19- 20 juil 1983. R.p. 49.

القضائية من خطأ ظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الأغراض التي تستهدفها؛ قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تنقذ به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها مع الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً. كأن تنقذ العقوبة التي فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التي تنطبق بها<sup>(١)</sup>. وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصويره تماثل المراكز القانونية التي نظمها<sup>(٢)</sup>.

وفصل قضاء الشرعية الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد من القاعد في أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين في التقدير<sup>(٣)</sup>؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر<sup>(٤)</sup>؛ وما إذا كانت التكلفة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزءاً ملائماً<sup>(٥)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة، L' erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تنقذ تناسبها مع الأغراض التي تتوخاها Disproportion manifeste.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع في هذا المقام يوازن بين بدائل، ويقرر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يروجوا منها. فإذا أخل بصورة جسيمة Attentes excessives -ومن خلال لجتهاد- بأحد الفرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون<sup>(٦)</sup>.

(١) C. C. 84- 176 D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.

(٢) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.

(٣) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.

(٤) C. C. 85- 196 D.C., 8 oct. 1985, R.p. 63.

(٥) C. C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.

(٦) C. C. 89- 254 D.C., 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها في العملية العقلية التي يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر الخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويغتر بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، كلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية في أكثر أحوالها، كتلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة، وبتمديدية المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام، وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يبتغيها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقلية التي تجريها، بقصد التحقق من ملاءمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقليتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية في تقديرها. ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، ولكتلها لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها. وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها -ومن

(١) وشبه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما نقوله هذه المحكمة من أنها لا تراقب تحصيل القاضي للموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك متناغيا. وهي بذلك تعيد النظر في العملية العقلية التي يقوم بها قاضي الموضوع وتختلف تقييمها، فتأكيدها تراقب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستمدا من أصول تنتج عن رفضه إليه عقلا.

(٢) C. C. 93- 326 D.C., 11 aout. 1983, R.p. 217.

بينهم وسائل الإعلام والفقهاء - حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريباً قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لترك للمشرع سلطة التقدير كاملة فيما عدا، كالاخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية تقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوباً بخطأ جسيم<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بمغزى أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، وأياً كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك - في حقيقتها - بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائماً أو ظاهر الخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير *L'acte de décider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier*. وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجح اجتهداها على اجتهداده؛ وأنها تمايز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء تافهة يجوز للتجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانية لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقرر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعاً في حدود الاعتدال.

فضلاً عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إيداع لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانوناً إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تعديراً لحدود هذه الواقعة، واختياراً للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شابهما خطأ ظاهراً؛ كان ذلك استغناء بالموازنة

(١) C. C. 86- 218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولايتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية/كفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -ولها كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقر قضائتها أن دستورية النصوص للقانونية المطعون عليها، تفترض ارتباطها عقلا بأهدافها. فإذا لم تكن صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور<sup>(١)</sup>.

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء نجما لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهي علاقة غايتها تغيير الإطلاقي في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطويا على تصنيف Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزاي أو الحقوق التي كلها لفئة دون غيرها؛ إلا اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية -التي نظم بها المشرع موضوعا محددا- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهيا أو واهيا، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

Classification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However. The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتقاما المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.



ولأساس ذلك، أن كل تنظيم تشريعي ينبغي بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعاتها إطاراً لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبباً لإيصالها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكيمياً<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. ولانظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٨٧ من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٤ من الجزء السابع.

### الفصل السادس عشر

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين

#### بين توسيعها وتضييقها

#### المبحث الأول

#### مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -بعض الدول الأوروبية- ما يفضل للوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما ينجح إلى الوسائل القضائية التي تتسم بغايتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما تقره من القوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التي لا يجوز لهيئة قضائية أن تتناقضها في كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجعلها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا الثباين في وسائل حماية الدستور، إلا مرة تطور تاريخي لا يعني أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في إنجلترا إبان القرن السادس عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية ولحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية، إلا أن كل سابقة لا تدل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرسنها، ما لم يكن قد اطرد العمل بها، على ضوء من الاقتناع بضرورة النزول عليها.

٢٩٨- ولما كان شأن الجنور للتاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تتسم به هذه التجربة من خصائص بالغة الأهمية:

أولها: أنها لا تقتصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بها إلى المحاكم جميعها بما يشاركها كافة في مباشرتها.

ثانيها: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يتسع ليشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة *Under the color of the State* ويتشع بردياتها.

ثالثتها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط الفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق عليها.

رابعتها: أن الحكم الصادر فيها لا يتماق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة للقضائية على دستورية القوانين، سواء كان مطها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة التنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي تبشرها السلطة القضائية حتى في الدول التي تظنها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا الشكلى، ولا يوجد فيها بالتالي دستور مدون جامد مكلما هو الأمر في المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك تبأشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية الدستورية، بغير وجود دستور *Judicial review sans Constitution*.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تلتزمت بالتجربة الأمريكية كالفلبين واليابان ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر في بعض من الدول الأوروبية الغربية بعد الحرب العالمية الثانية، تعمل في حلول الرقابة المركزية القضائية على الشرعية الدستورية محل الرقابة اللامركزية التي تتولاها المحاكم جميعها؛ وفي إبدال الحجية النسبية للحكم الصابر في المسائل الدستورية، بالحجية المطلقة؛ وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار ألحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل المبني في الرقابة المركزية القضائية، وإن حذتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الفدرالية وقبرص وتركيا وأسبانيا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية الدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس شمة نزاع حقيقي حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل في مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن الترية فيها مهياة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى مسطرة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة؛ فلن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تعبوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام في فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذي آمن واضعوه بضرورة إيلاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال رقابة للقضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها<sup>(١)</sup>.

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية الفرنكوفونية كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبينين- مما حدا بالبيض إلى التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثلاثة من صور الرقابة على الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة في بعض الدول الأوروبية لتباشر رقابة قمعية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التطيلية الأعق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، بجمعها أنها رقابة قضائية تتردد بين نظامين مختلفين: هما نظام الرقابة القضائية اللامركزية في الدول الاتحاديكية؛ ونظام الرقابة المركزية القائم في بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولاها هيئة قضائية لا تنفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية مباشرتها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التي ألبنتها Les conditions de l'environnement. وذلك إما كان لتنظيم الإجراء الخاص بها، أو قواعد اختيار قضاتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'interprétation créatrice ينكحها أن نصوص الدستور تنتم في الأعم بالغموض والاتساع، ولا يتصور بالتالي تحديد مفاهيم هذه النصوص بغير ربطها بنظام القيم Systeme de valeurs التي تستخلصها الهيئة القضائية بنمسا كي تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق Le contenu réel.

(١) يسمى دستور ١٩٥٨ في فرنسا دستور الجمهورية الخامسة

ومن ثم تتحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاء للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكفل صهر أحكامه في نطاق الحقائق المتغيرة التي تعاصر تطبيقها، والتي لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معاشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عقيما أو رجعيا أو نمطيا، بل واقعا في إطار القيم للدستورية المتجددة ووافدها، لتحيط بفروع القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فلا تتوهج بمؤر الصراع السياسي بما يؤذن بفتلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الطول القضائية التي تفرضها Juridicier la politique.

وتلك هي وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقراء المختلفة، تبائنرها الهيئة القضائية بما لا يوقعها في مزالق السياسة ودروبها الخيرة، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لثقل الوظيفة القضائية قيدا على نشاطها. فلا تتصل في غير خصومة قضائية، ولا في خصومة قضائية لم تنته أسبابها.

فالخصومة القضائية هي مدار ولايتها، ومدخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحيط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تنقهمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبتها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه -من خلال الخصومة القضائية- حلا قضائيا لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفا فيه، ولو تلوّن في صورة سياسية تشمل كل أبعاده.

وفي هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التي تتولاها مركز خاص يكسبها قوة في مواجهة نظم الدولة وسلطاتها المختلفة التي كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، وإلى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسؤوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبرا عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإنما احتقاء من جهتها بعناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلاية ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها بالوفاق بمواطنيها.

وهذه الشرعية هي التي ترسيها الهيئة القضائية وتفرضها من خلال أحكامها، لتقيم بها عناصر بنية دولة القانون التي لا تتفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هي واقعة بالضرورة في إطار قاعدة الخضوع للقانون - والدستور في ذراه - وإن يجديها بالتالي الاحتجاج بالسيادة البرلمانية التي لا يجوز لها أن تبأثرها إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، والتي فرضتها عليها السلطة التي أسستها؛ ولا يجزيها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التي رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تترك الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كي تقوض الهيئة التي تتولى مراجعة القوانين فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور؛ ولا أن تعمل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل في شؤونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التي تملكها؛ ولا أن تنظر إليها كعقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تعرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفي الحدود المنطقية التي تكفل فعالية دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير<sup>(١)</sup>. ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيدتها كاملين، فلا يكون قضائتها تابعين لها بوجه أو بآخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالبرتغال واليونان، غير إيذان بإفتتاح طريقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، التي هي اليوم لتطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظل مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالملكة المتحدة وهولندا ولكسمبرج.

---

(١) وفقا للنموذج الأمريكي تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها، وهو ما تمارضه محاكم الدول الأوروبية التي تخفض بالنظر في كل خصومة دستور. كما كانت طبيعية المسائل التي تطرحها.

٣٠٠- وإذا كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلا في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هي التي تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن الدساتير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط في طرائقها، وإنما كذلك في نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية للمستورية للقوانين لها أوصافها التي تتردد بين رقابة قضائية سابقة محلها القوانين قبل صدورهما. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها في النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة مطبقها كذلك القوانين القائمة؛ وإن كان طريق الطعن فيها لا يفتح أصلا إلا لجهات بذواتها ليس لها مصلحة شخصية في الطعن عليها.

### المبحث الثاني

#### المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هي وسيلة تقييدها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. ليكون إبطالها جزاء خروجها على أحكامها، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تتنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها الطعن في قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة *Recours pour excès du pouvoir* سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة داخل محيط هذه المحاكم وفي إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يقترن قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها للقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور في أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها قولا منها بأن السيادة الشعبية التي يملكها البرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهي حجة مقتضاه أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفا للدستور، ولازمها أن الدستور لا يعتبر قانونا أساسيا، بل في مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن نكرعها بمفهوم السيادة الشعبية غير قناع يخفي مخاوفها من أن تتبوأ الهيئة التي تباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعليها على سلطتها، ومركزا تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التي يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم في التقاليد التي ورثوها، وكذلك في أنماط ثقافتهم التي تلقوها، ويتسمون كذلك ببتباين أجاسهم، وتفرق مذاهبهم وقيمهم. فلا تيسط سيطرتها على مقلد الأمور بها من خلال نظم مندية في طبيعتها<sup>(١)</sup>.

كذلك كان ضمور أحزابها أو لاختلافها، تعبيرا عن تضالول دورها في توجيه الحياة السياسية أو للتأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكفل لحقوقهم وحررياتهم إطارا ملائما، وعلى الأخص من خلال صون حقهم في الاقتراع الحر. ولم تمن هذه الدول -وتلك هي الأوضاع

(١) يعتبر العامل الأكبر في نيجريا في تفويض الدستورية بها، هو تدخل العسكريين في أعمال الحكومة.



التي تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديمقراطية، ولا بعضهم عليها. ذلك أن ما كان يعنيها، هو أن تغلوا إرادتها فوق القانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -ويغض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديمقراطية -بما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثلا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغي تطبيقه وفق المعايير المسلم بها دوليا.

وصارت الديمقراطية -بشكلها المختلفة وخبراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية؛ وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية؛ وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التناقص في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز - من أجل الوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها في إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام في توكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق في الاقتراع الحر، وفي الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفي تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشؤون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهواؤها، ولا تمايز بين الراغبين في الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعي أو توجهاتهم أو ثرواتهم، أو لغير ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم للديموقراطي مجرد مفاهيم فلسفية يدعو الناس لها ويروجون للقبول بعها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على تباين مستوياتها؛ كغلا إسهام المواطنين في شؤونها بصورة فعلية، ودون ما عوائق تعطل حركتهم أو تعيقها، أو تمنعهم من اختيار البديل بصورة حقيقية، أو تعزز أوجه اللخل الاجتماعي؛ أو تخل بالمساواة؛ أو بالحق في التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيثتها وفعاليتها ما يكفل سيادة القانون، وهي منخل هام لتحقيق الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك الإعلان العالمي للديموقراطية الذي أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في دورته الحادية والستين بمدينة القاهرة في ١٦/٩/١٩٩٧.

وحقق ذلك تغييرا واضحا في مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدودة أثرها؛ ولا خطوة متعثرة في مناهجها ووسائلها؛ ولا غير متكاملة في عناصرها، أو غير محايدة في خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة ويّدة في حركتها ومتردة في حصصها في الدول الثموية والدول حديثة العهد بالاستقلال التي كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والازواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والعصيان<sup>(١)</sup>.

بيد أن اتساع المفاهيم الديمقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها في إطار حيدة المعلومات وتعددتها، واتساعها من كافة مصادرنا، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أدّى بأفول قبضة الدولة على مواطنيها؛ وألّهم من الجماهير سيقظتها وتماسكها وعمق وعيها - قوة لها وزنها في الدفاع عن الدستور والقانون من خلال آلية قضائية تتكامل حلقاتها التي وصل التطور الراهن بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التي تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلط تكوينها؛ ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولاً؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التي تطوّر الدستور وتغير معانيه.

وفي هذا الإطار، لم يكن إسناد عملية المراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفه، عملاً مقبولا ولا مفيدا. ذلك أن تكوينها الداخلي، وتبعيتها للجهة التي أحدثتها، يقوضان استقلالها. فضلا عما هو مقرر من أن الدساتير غير نافذة بذاتها، ولا تكون نفسها بنفسها تظهر من فراغ *Neither self-enacting, nor self-executing*.

(١) تنص المادة ٣٥ من دستور ١٧٩٣ الفرنسي على أن التمرد على الحكومة التي تنتهك حقوق الشعب، ويكون واجبا على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويعتبر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير قدسية وأهم واجباتها التي لا يجوز التفریط فيها *Le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs*.

وكلمة القانون لا ينطق بها علانية، وفي حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التي تقصر رقابتها عن أن تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها بـزوج بين رجال السياسة والقانون.

ذلك أن الدستور حتى في هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجواء سياسية لها موازينها التي تنقل من دورها، خاصة في الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التي كانت تتشدد - لأسباب تاريخية - في رفض كل أشكال المراجعة الدستورية للقوانين، كفرنسا<sup>(١)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ أن الهيئات التي تتولى المراجعة القضائية لمستورية القوانين، كثيرا ما تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقع بالتالي داخل الحدود الطبيعية لولايتها. وهو ما فعله المجلس الدستوري الفرنسي الذي تحول إلى قوة حقيقة لها شأنها داخل النظام القانوني في فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس في مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كضراع للحكومة لاحتواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعينها أكثر من أن تحقق سيادة الدستور في إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتنافر.

وبدل التطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، على تفضيل الهيئة القضائية المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام. وهو ما نراه في بعض الدول كالألمانيا والنمسا وأستراليا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول في كيفية تشكيلها لهذه الهيئة القضائية المركزية، وتحديد نطاق ولايتها سواء بتقييدها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية في أكثرها نازدة للرقابة القضائية على الدستورية، معنفة عدم جوارها. بل إنها تحرص على إجهاض كل محاولة لبعثها حتى تطلق يدها في كل الشؤون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تقصرها على القوانين قبل إصدارها؛ وترفض بها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي تخول كل مواطن الحق فيها، ولو لم يكن طرفا في نزاع قائم

(١) كان ينظر إلى المجلس الدستوري الفرنسي في السنوات الأولى لإنشائه كجهة مختلطة. ذلك أن تشكيله كان يعطيه ملامح سياسية وقانونية

تطبيق فيه أمام محكمة الموضوع للنصوص القانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يواجهه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أُضير من تطبيقها.

وصور للتضييق هذه على اختلافها، يبررها حذر بعض الدول وتخوفها من الأضرار التي تحدثها المراجعة القضائية لمستورية القوانين على العلائق القانونية التي تمسها.

وقد يتعلق التضييق تارة بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطورا بطرائق هذه المراجعة مثلما هو الحال في فرنسا التي تُخرج القوانين التي تولفّق عليها الجماهير في استفتاء من نطاق الرقابة القضائية. وتقبل في حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التي تعدل الدستور، وترفض -كأصل عام- فرض هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

### الفصل السابع عشر

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية

#### Le lois référendaires

#### المبحث الأول

#### حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- لم يرد قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إخراج هذه القوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم ينص الدستور على إجراء استفتاء فيها<sup>(١)</sup>.

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التي يفصل في دستورتها هي فقط تلك التي ولق للبرلمان عليها من خلال الاقتراع على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، إذ هي تعبير مباشر عن السيادة الشعبية<sup>(٢)</sup>.

وهي حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يخول هذا المجلس، الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوبا، والقوانين العادية بصفة جوازية. ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته، القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيسا على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كممثل لنشاط كل سلطة في الدولة، مؤداه ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تعبر بصورة مباشرة عن المياد الشعبية<sup>(٣)</sup>.

وفي ذلك يقول المجلس<sup>(٤)</sup>:

S'il est vrai que l'article 61 de la constitution ne précise pas si les lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déferées au conseil constitutionnel, comprennent ou non les lois adoptées par référendum, il résulte de l'esprit de constitution

(١) François Luchaire, la Constitution de la République Française, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

(٢) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

(٣) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٤) C. C. 25 oct. 1988, R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67, C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la compétence du conseil constitutionnel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constitutionnel est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs public, sa mission ne saurait comporter la vérification de lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كمسند لعدم اشتمال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيساً على أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية.

٣٠٣- وفيما تعلق بعملية الاستفتاء في ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية في فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال السابقة على الاستفتاء، والتي لا يزيد دور المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها عن مجرد إيداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيه فيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء A posteriori إذا قدم طعن إليه في نتيجته أو في الطريقة التي تم بها<sup>(١)</sup>. Le déroulement des operations referendaire .

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذي سي طرح على هيئة الناخبين لاستفتاءها فيه. وفي هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيه فيما إذا كان التنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، موافقين أو مخالفين للدستور.

فإذا أبان عن مخالفتها أو أحدهما للدستور، فإن إصرار الحكومة على المضي في الاستفتاء، يدعو إلى أن يخطرأ بأنه لن يراقبه أو يعلن نتيجته. وهو ما يمثل رادعاً نفسياً للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابته في ذلك إلى الرأي العام، وأن يبصره بكل خلل في العملية الاستثنائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقرها<sup>(٢)</sup>. وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي من اختصاص المجلس الدستوري لفرنسا بالنظر في قانونية ودستورية La régularité العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها.

(١) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٢) François Luchaire, Commentaire à l'article 60 de la constitution. "La constitution de la République Française, 2e édition. Economica, pp. 1107- 1109.

### ٣٠٤- ويتعين بالتالي التمييز بين مراحل ثلاث في العملية الاستفتاءية:

أولاًها: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتتخصر سلطة المجلس بشأنها فسي مجرد إبداء آراء استشارية في شأن مطابقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يراقبها المجلس وييسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

وثالثها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية في الطعون التي تقدم بشأنها ويعين نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فإما أن يبقى عليها، أو يبطلها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالي أن يفصل المجلس في قرار أو إجراء تم في المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء *Mesure Préparatoire*، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتي يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء في مراحله التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل في غير الطعون التي تقدم إليه بعد تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التي تؤسس على الخلل في الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، ترتبط كذلك بدوران عملية الاستفتاء *Le déroulement des opérations référendaires* وتأثيرها في نتائجها التي يختص المجلس بإعلانها<sup>(٢)</sup>.

(١) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

(٢) يقول Lauchaire في ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجبة نظر المجلس الدستوري في شأن عدم جواز خضوع القوانين الاستفتاءية لرقابته، فإن القوانين التي تخرج عن مجال هذه الرقابة هي التي تتعلق بصور الاستفتاء التي حددها الدستور.

### المطلب الأول

#### الرافضون للفصل في دستورية القوانين الإستثنائية

٣٠٥- وتثير القوانين التي قبلتها الجماهير في استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل في دستوريته، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء في ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن فضاء للشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالي بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

les lois que la constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلاً مواجهة أعمال السلطة التشريعية؛ ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تلقائياً من نفسيهما، وإنما بتفويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائمة مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع تحريفهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجماهير، وأغفلتا احترامها.

ولا كذلك القوانين التي تقرع الجماهير مباشرة عليها، وتعتبر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لازل أمراً مختلفاً عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير مباشرة بنفسها؛ كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية، تقتضي أن ترفض الجماهير إرادتها على الكافة.

(١) C.C.61 - 20, D.C., 6 nov. 1962, R.p.27., C.C. 92 -313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94



## المطلب الثاني

### المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية، للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية محل نظر من النواحي الآتية:

أولاً: تغليب المعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن القانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمحض عن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه للقواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارها *Leur mode d'adoption*.

ثانياً: ليس من المنطقي التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أنابتها للجماهير عنها في التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هذا التمييز، هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة الجماهير، وقوانين هي في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

ثالثاً: أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشريعية، مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنًا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تباشرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء<sup>(١)</sup>. بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعاذلهما في الدرجة<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: كذلك فإن القول بأن القوانين التي تقرها الجماهير في استفتاء عام من الندرة بمكان، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها، في عموم تطبيقاتها، مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي تتناولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التي ينبغي أن

(١) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

(٢) Dominique Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition. P. 177.

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته فسى مسائل بذواتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامسا: أن الأصل في القوانين الاستثنائية، أنها تعبير مباشر عن الميادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، ولجزنا الطعن في القوانين البرلمانية التي تجعلها<sup>(١)</sup>، إصار من حق البرلمان - وهو لا يباشر الميادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر - أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه الميادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين. في كافة مواقعها، مصير المسائل التي تناولها.

سادسا: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقييد كل سلطة بالضوابط التي حدد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تنصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي قد تطل بها القوانين التي ووفق عليها بالاستفتاء، إذا انبهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعا: أن المواطنين لا يوافقون على قانون ما في استفتاء عام، إلا بفترض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخل بها، تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقييم هذا العوار.

ثامنا: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على للمواطنين لاستفتاءهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريدها بوصفها التعبير المباشر عن الميادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها.

ثامنا: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية لإخضاع أولاهما دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، مؤداه أن يصير الاستفتاء طريقا سهلا للعملية التشريعية. وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية *Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle* عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

عاشرا: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقا استثنائيا. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تفاديا للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

(١) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه في الاستفتاء، مخالفا للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التي حظر الدستور فرضها أو نقلها. إعية مرافق عامة إلى القطاع الخاص<sup>(١)</sup> أو عطل حق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup> La suppression de l' interruption volontaire de grossesse.

### المطلب الثالث

#### موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يعرض في استفتاء عام، ما يراه ملائما من المسائل، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها في الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التي تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل في صحيح تكليفها في ذات مرتبة القانون الذي احتواها، وإلا جاز للقوانين التي أقرتها الجماهير، أن تعدل أحكام الدستور ذاتها بغير اتباع القواعد الإجرائية التي تطلبها الدستور لتعديل أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستثنائية دون الدستور في درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التي تتخذ معها في مدارجها في مجال خضوعها للرقابة على الشرعية الدستورية<sup>(٣)</sup>.

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسليط أحكامه على القوانين جميعها سواء في ذلك ما كان منها تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية؛ أو تعبيرا غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها منافيا لأحكامه، ولا تنتزع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تعديلا لها.

فضلا عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيّق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقضيها.

(١) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juin, 1986, R.P. 61.

(٢) راجع في الحجج المتقدمة جميعها من ١٧٨- ١٧٩ مؤلف دومنيك روسو السابق الإشارة إليه.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥٠ - مس ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

### الفصل الثامن عشر

#### الرقابة القضائية على القوانين المعدلة للدستور

#### Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تعنى الدساتير بأن تحدد فى صلبها الهيئة التى توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التى اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التى تتولاها وفقاً للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التى حددها، ووفق الإجراءات التى بينها والتى تنقسم عادة بتعدد حلقاتها وتشابكها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التى تتولى هذه المهمة بتقويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هى السلطة التشريعية ذاتها التى تقرر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معاً فى شكل مؤتمر.

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ التى تقضى بما يأتى:

> <حقديم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو اقتراح التعديل على كل من مجلسي البرلمان للاقتراع عليه بصيغة واحدة<sup>(١)</sup> En termes identiques. ويكون للتعديل نهائياً بعد الموافقة عليه فى الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع التعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقداً فى شكل مؤتمر. وفى هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع التعديل على ثلاثة أخماس أصوات المقتربين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتباً له.

(١) أنظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى، وذلك فى ص ١٢٢٦ حتى ١٢٤٠

من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La constitution de la Republic française, Economica

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضي فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل الشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>.

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التي اختصها الدستور بإقراره، أم كان نافذا مطلقا على استفتاء، وسواء باشر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل؛ أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فحين في كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالي أن يتعلق بغير المعامل التي تدرجها الإستاتير عادة في صلبها كنظام الحكم في الدولة بما في ذلك كيفية توزيعها لمسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغي أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور -ويغض النظر عن موضوعها- هي قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضى الدخول في إجراءات معقدة متعددة المراحل تعينها السلطة التأسيسية. وهي السلطة الأصلية التي ينبثق الدستور عنها، وكان من خلقها ابتداء Les constituants d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون في ذلك إلى أكثر من اتجاه:

(١) وفيما يلي نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي في لغتها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la République décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

### الإتجاه الأول

#### لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

لأن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التي أقرتها، والتي تتلقى التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التي صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين في استفتاء عام، شرطاً لمرياتها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها في الاستفتاء، تعبيراً مباشراً عن إرادتها التي لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلاً عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تقييد للسلطة التي أقرتها في حركتها التي تخولها أن تعدل كل مادة في الدستور، وذلك باستثناء مواده التي حددتها السلطة التأسيسية حصراً، كإجراء تعديل في الدستور يخل بوحدة الدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهوري<sup>(١)</sup>.

### الإتجاه الثاني

#### خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

لأن القوانين التي تعدل الدستور هي من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة اقترح عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يغير من تكييفها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير في استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسي البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التي تنظم عملها للمراجعة القضائية<sup>(٢)</sup>.

وإذا جاز القول بأن السلطة التي تقرر التعديل، هي في حقيقتها اشتقاق من السلطة التي خرج الدستور أصلاً من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق *Constituant dérivé* لا يمجها في السلطة

(١) تنص الفقرتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن تكامل إقليم الدولة والشكل الجمهوري لنظامها لا يجوز أن يتعلق بهما تعديل.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

(٢) يراجع المجلس الدستوري الفرنسي اللوائح التي تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنعقدتين في شكل مؤتمر

C.C. 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التي صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يجعلها من جنسها. ذلك أن السلطة الأصلية *Constituant originaire*، هي تلك التي خولتها الجماهير تصميم دستور يكون مليئا مطالبها بما يبعد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التي كان معمولا بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تحويل السلطة الأصلية جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يساويها في مرتبتها. وإنما هي سلطة تابعة للسلطة الأصلية التي تحدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تنور إلا في فلكها. فضلا عن أن الهيئة التي تعزل الدستور، هي نفس حقيقة تكييفها القانوني سلطة عامة تضبط إيقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تنفيذها بالحدود التي فرضها الدستور في شأن الشروط والأوضاع التي تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها في ذلك شأن كل سلطة غيرها، لاط الدستور بها مباشرة اختصاص معين<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثالث

#### حظر التعديل الشامل لنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتعين أن يكون جزئيا، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التي يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتنظيم الدولة، ولا يحيط الأغراض النهائية التي يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل الدستور عن حدوده المنطقية ذلك، خضع للمراجعة القضائية؛

### الاتجاه الرابع

#### انعدام الفواصل بين التعديل الجزئي والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئي للدستور، وبين تأسيس من جديد لكامل أحكامه، وإن كان منطقيا ومفهوما، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تنق كثيرا في العمل.

(١) وصف المجلس الدستوري الفرنسي نفسه بأنه أداة تنظيم لوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics  
C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كان ملحوظا وقت إقرار الدستور، كالإلغاء سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسؤولية للوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح واقعا في حدود متطلباته وأغراضه للمنطقية، أو مجاوزا لها...؟؟

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوبيا، ألا كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى للقيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كذلك التي تتعلق بالديمقراطية أو العلمانية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن آفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كافلا للجماعة مصالحها في أشكالها المتغيرة<sup>(١)</sup>.

وما يقال من أن للسماتير جميعها قيما ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كذلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، ويوحدة الدولة وتكامل إقليمها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعديها السلطة الأصلية التي كان لها فضل إيجاد الدستور، ويحده إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل؛ فإن اختصاص هذه الجهة في إجرائه يكون كاملا، خاصة وأنها سلطة ذات سيادة. وسيادتها هذه تخولها إلغاء ما تراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكميلها، ولو اختلف التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلتزم بالنزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعده. ولكنها سلطة إحدائية تقيم نصوصا جديدة كبديل عن نصوص قائمة؛ وتحول من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها؛ أو تسد الفراغ فيها. وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيدها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) C.C. 93- 312,2 Sept. 1992, R.p. 79.

(٢) C.C. 81 - 132 D. C., 16 janv. 1982. R. p. 18.



وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج -صرراحة أو ضمنا- على قيم أو مبادئ قام للدستور عليها، أو كان لها قيمة دستورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخلوها فقط إدخال تعديل جزئي عليها، بل إحداث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تنقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تماثلها. ويتعين دائما في كل تعديل للدستور -إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر- أن يقصر الجهة القضائية رقابتها على السلطة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما قيدها الدستور به في مجال مباشرتها لهذا الاختصاص<sup>(١)</sup> وليس لها بالتالي أن تتدخل في عملها لتقييم الحدود التي ارتأتها لهذا التعديل.

### الاتجاه الخامس

#### قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التي لا يجوز أن يندثر التعديل منها

وأيا كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور؛ فإن ما أراه صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالنقد بالقواعد التي فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء في ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستيفاء المراحل التي حددها الدستور لإجراء التعديل، وأن يتم بالأغلبية الخاصة التي اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوباً كشرط لنفاذه<sup>(٢)</sup>؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر للدستور تغيير الشكل الجمهوري لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول في أحلاف أجنبية

(١) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المعللة للدستور

Dimitri Georges lavroff, le droit constitutionnel de la ve Republique, 2e edition, pp. 178-180.

(٢) وفقا لنص المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة تنسب كل منها المرحلة التي سبقتها. إذ يناقش مجلس الشعب أولا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل مقاما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقوله.

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولي، أو الإخلال بقواعد القانون الدولي التي لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون أقل في مستوياتها مما هو مقرر منها في الدول الديمقراطية، أو الإخلال بحقوق بذواتها نص عليها حصراً، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش في بعض الدول<sup>(١)</sup> أو كالطبيعة الديمقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها. ذلك أن هذه القيود بنوعها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عليها الهيئة التي فوضتها هذه السلطة في إجراء التعديل.

ومشروط ثانياً بأن يكون للتعديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه توكيد حقوق المواطنين وحررياتهم. فإذا اقتض التعديل على ما هو قائم منها بدلاً من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولاً من الجهة التي لخصها الدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان الدستور محصلة جهدها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالي أن يخل التعديل بالسيادة الوطنية، ولا بكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقاً أقل من التي كفلها لباقى المواطنين؛ ولا أن يكون منها حقوقاً رئيسية ترتبط بالقيم الإنسانية التي لا يجوز التفریط فيها، خاصة ما يكون في وجوده أسبق من الدولة ذاتها<sup>(٢)</sup>، ومن ذلك الحق في التعددية التي تملأها الفطرة الإنسانية، وحرية الخلق والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقي الإنساني، وحرية التعبير عن الآراء التي نبغضها، والحق في مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تؤكد بعض الدساتير الأجنبية كنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفدرالية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تتصل بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتعبير عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوقه الأساسية التي لا تقسم بما يجعل النزول عنها أو تقادم الحق فيها، مستعصياً، وبما يكفل بالتالي ترابطها وانتمائها في وحدة عضوية تجمعها،

(١) انظر في ذلك دستور ١٩٢٣ الذي كان معسولاً به في مصر.

(٢) يصف البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يجوز المس بها *Principes supra- constitutionnels* وهي فكرة رفضها المجلس الدستوري الفرنسي. C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76.

لنكون جميعها واقعة في إطار منظومة واحدة لا تتفرق في أغراضها النهائية، ولا يتناقض بعضها البعض في مضمونه.

ومشروط ثالثاً: بأن يكون التعديل جزئياً. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها الدستور انقلاباً على أحكامه جميعها، تغيير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستوراً جديداً *Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution*، خاصة وأن التعديل -في طبيعته- يفترض تقويم اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلخيص مع الاحتياجات للمواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحض التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبياً لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنظر بنفسها فيما تراه أحفظ لحقوقهم وأصون لحريتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمناً من الفقرة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور لندائم لجمهورية مصر العربية التي تخول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا إيداع الدستور للقائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، تباشر كل من السلطة التي تعطل الدستور من ولايتها؛ وتراقبها الجهة القضائية في كيفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثانيتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييم هذا العمل على مطالباته الدستورية الشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعطل الدستور، من كوابحها، مؤداه انفلاتها.

ومشروط رابعا: بأن القوانين التي تعدل مادة أو أكثر في الدستور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمة لا يعني تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شأها من جراء صياغتها بطريقة معينة Eclaircir sa signification cachée par une rédaction insuffisamment claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال التذرع بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلا عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتعلق بغير قانون من درجته، وليس بالدستور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستعص عن مادة أو أكثر فيه بغيرها، وتمنح للنصوص الجديدة قوة نصوص الدستور ذاتها<sup>(١)</sup>.

ومشروط خامسا: بأن الشروط الموضوعية التي تحيط بها السلطة التأسيسية لتعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تسبر أغوارها. فإذا حظر الدستور تعديل النظام الديمقراطي للحكم، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تقبده بأحد أشكال الديمقراطية، قد ناقض خصائصها التي تفترض أصلا تقسيم السلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراع، وضمان استقلال السلطة القضائية، ومساواة المواطنين وتضامهم<sup>(٢)</sup>.

ومشروط سائبا: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التي تتولى التعديل متحصرة من كافة الضغوط التي تعطل أو تقيد حريتها في التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء من إقليمها محتلا أو واقعا في قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعا: ألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تناقرا يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

(١) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14. 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995  
(٢) عكس ذلك Daniel Gaxie ص ١٢٢٩ من تطبيقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي المنشور في المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية- الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستوري الفرنسي حصوع القوانين التي تعدل الدستور للرقابة إذا لم تلتزم السلطة التي أجرت التعديل بالشروط التي فرضها الدستور عليها C.C. 93- 312 D.C. 2 sep. 1992, R.p. 76.

### الفصل التاسع عشر

#### أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تتبسط المراجعة القضائية في شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة الفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعتها؛ لم أقرتها في الدولة البسيطة حكومتها المركزية، أو سلطاتها المحلية؛ وسواء تم إفراغ هذه القواعد القانونية في قانون أو لائحة أو فهي معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في أسبانيا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم يبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها. ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التي يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين مما تنبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، وبالوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل في التعددية، وفي حرية العقيدة، أنهما حريتان مطلقتان. فإذا قيدهما قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور<sup>(١)</sup>.

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعا وفقا للدستور -وهي الصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تبخبر موازينها في التقويم، اجتهد السلطة التشريعية

(١) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التي تقوم على تبادل الآراء، والتعددية في طرائق التعبير على اختلافها فنيا وأدبيا أو عابيا أو إبداعيا أو مهنيا. وهي في حقيقتها أساس المجتمع المدني، ونقطة الأساس في نظمه الديمقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقره من القوانين عن السيادة الشعبية. ولها بالتالي حق اختيار موضوع القانون، وكذلك انتهاج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة الحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تتأهض الدستور، ولكنها تقتض من ممارستها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي حصانة تعلوها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشؤونهم جميعاً؛ أم حصر ولايتها في مسائل بذواتها، واحتجز ما عداها للسلطة التنفيذية تشريع فيها من خلال لوائحها، مثلما هو الحال في فرنسا<sup>(١)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الولاية المفتوحة للسلطة التشريعية هي الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل ليا كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعاينة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حواجزها ومصدر تلقيها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالي حق تنظيم كل حق أو حرية أيا كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التي تقرها في شأن كل موضوع تتولاه بالتنظيم، تعتبر مجرد وسائل حددتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطنا للإخلال بها ويكمن فيها بالتالي احتمال نقض الحقوق التي كفلها الدستور.

(١) تحدد المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي المسائل التي ينظمها القانون، وحصرتها في المسائل التي عينتها والتي يدرج تحتها تقرير القواعد المنظمة للحقوق المدنية والضمائم الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. والحق في العمل والتنظيم النقابي والضمان الاجتماعي والقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي، فضلا عن تساميم المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمائم الأساسية المكفولة لموظفي الدول المدنيين والصكريين وكذلك قواعد التجريم والعقاب والعفو وإنشاء نظم قضائية جديدة ونظم قضائية بالإضافة إلى الجلسة وحالة الأشخاص وأهليتهم ونمهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمحلية وتنظيم الدفاع المدني، ونظم الملكية والحقوق نسب والالتزامات المدنية والتجارية. وتنص المادة ٣٧ من دستور ١٩٥٨ على أن المسائل التي لا تدخل في المجال المحجوز للقانون، تعتبر من طبيعة لائحية.

ومن ثم يتعين أن تركها الهيئة القضائية بالقسط للتحقق من توافر صلة منطقية يبين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا تعين إبطال النصوص المفضية إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكما.<sup>(١)</sup>

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التي تجريها السلطة التشريعية في مجال مفاضلتها بين البدائل التي تتزاحم على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء في مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيرم. ولكنها تنتظر فيما إذا كان هذا الاختيار والترجيح كافلا عقلا تحقّق الأغراض التي توخاها المشرع من التنظيم.

وهي بذلك تستبعض مسئوليته في اختيار أكثر الوسائل ملائمة لتحقيق هذه الأغراض في إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تدون في حيثياتها ما تراه مضمونا صحيحا لهذه الوسائل<sup>(٢)</sup>.

ومهمتها في ذلك شاككة بلا نزاع، وتثير صعابا لا يستهان بها، لعل ألدّها خطرا انتهاها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تقوض السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وأنها تفرض وصايتها على الشؤون التي ينفرد بها، وأن من المفترض في السلطة التشريعية سعيها لضمان المصلحة العامة في كافة مظاهرها، ومن أوجهها المختلفة<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تراجعها الهيئة القضائية في مناط تحقيقها؛ ولا أن تقيم نفسها عليها فيما تراه أكفل لإشباعها؛ ولا أن تكون سلطتها في تقييم النصوص القانونية المطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية في اختيارها لها، والتي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها أكثر صونا لحقوق مواطنيها وحرياتهم<sup>(٤)</sup>.

وأما كان شأن المخاطر التي تجابه الهيئة القضائية في هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها في الوسائل التي اختارها المشرع - وهي النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم موضوع معين - وتقديرها ملائمة اللجوء إليها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلا مبستعصيا على الجدل. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إبدالها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 août 1993, R.p. 217.

(٢) C. C. 83 - 162 D. C., 19 - 20 juil. 1983, R.p. 49.

(٣) C. C. 74 - 51 D. C., 15 janvier 1975, R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشروع بالتالى أن يتنزع بالسلطة التقديرية التى يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة المبتغاة من التنظيم التشريعى الذى أقره؛ ولا أن يبرر خطأه فى تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التى يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التى تناولها المشروع على ضوء طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأذن بغير الوسائل الأقل تقييدا للحرية، والأكثر ضمانا للحقوق. ولا تفعل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختيار المشروع للوسائل التى لصطفاها، قائما على الأهواء أو قرين التحكم.



### المبحث الأول

#### صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المثلى للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هي التي نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة في نتائجها بالنظر إلى أن ما يستبعد من نطقها، أكثر مما يدخل في محيطها. وهي بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة روافدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة فسي فرنسا صوراً متعددة نعالجها تباعاً على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي على أن القوانين التي يطلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هي التي يتم الاقتراح عليها وتعديلها وفقاً لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تنفرد بها وإنما تتعدد صفتها هذه بناء على نص في الدستور. وتتوخى هذه القوانين التي ظهر مصطلحها لأول مرة في دستور ١٨٤٨، أن تفصل المسائل التي حدثتها<sup>(١)</sup>.

وتحظى القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي بيانها:

(١) تحيل المادة ٦٣ من الدستور إلى قانون عضوي يبين القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، وكيفية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التي تتبع أمامه خاصة ما يتعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعسلاً بنص المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائباً له. ويشكل هذا المجلس -فضلاً عما تقدم- من تسعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوي بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعده مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التي تتبع أمامها.

أولاً: أن الاقتراح عليها وتعديلها لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانياً: أن نطاق عمل القوانين العضوية ينحصر في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية<sup>(١)</sup>.

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تدخل باختصاص تتولاها القوانين العضوية وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>. لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يعلن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضي أولاً بأول القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجوز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريته<sup>(٣)</sup>؛ وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، واللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطابقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مظلوناً مخالفة للدستور؛ ولكنها تشمل القوانين العضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحركها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه السلطة المختصة بعرض القوانين للعضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختيار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولاهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

(١) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.

(٢) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.

(٣) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après declaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولاً: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولاً، ولا أن تقرر عليه قبل انقضاء ١٥ يوماً من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانياً: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة، لأيهما، يتعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها.<sup>(١)</sup>

ثالثاً: يتعين الاقتراح على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعاً: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اختصها الدستور بها.

فإذا تبين للمجلس الدستوري أن قانوناً عادياً نظم شأنًا من الشؤون التي تكفرد بها القوانين العضوية وفقاً للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يعيد ترتيبها وتصنيفها كي يمجها في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق النطاق الذي حدده الدستور لكل منها<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet, 1970, R.p. 25

(٢) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986, R.p. 141

(٣) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976. R.p. 141

### الفرع الثاني

#### الرقابة القضائية المباشرة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٣- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستورها يتم وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس للجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨ في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يخلو ستين نائباً أو ستين شيخاً، الحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس<sup>(١)</sup>.

وهو ما كفل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها<sup>(٢)</sup>.

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستئذان من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن أقل من ستين نائباً أو ستين شيخاً، أو كان الموقعون ستين عضواً برلمانياً نصفهم من الجمعية الوطنية، وباقيهم من مجلس الشيوخ؛ فإن الطعن المقدم منهم لا يكون مقبولاً. ولا يجوز بالتالي أن تطعن المصلحة القضائية ولا الأفراد فسي دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يعدل الدستور ليكفل لهم هذا الحق.

(١)، (٢) يلاحظ أن تحويل ستين نائباً أو ستين شيخاً حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره قد تقرر بعد أن خاض رئيس الجمهورية جيسكار ديستان انتخابات صعبة. فلأن يقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تخولها الوسائل الدستورية التي تتأرجح بها في السياسة التشريعية للحكومة. فضلاً عن تأكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحريةهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا -سواء في صورتها الاختيارية التي يكون موضوعها قانونا عاديا، أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية- هي رقابة سابقة على العمل بالقانون، فإن مناطها، هو القانون قبل إصداره<sup>(١)</sup>.

وتلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي ينظر إلى الرقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للمستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية؛ وقيل أن يصدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حددتها المادة العاشرة من الدستور، وأقصاها ١٥ يوما<sup>(٢)</sup> بما يخول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للراغبين من الجهات التي خولها المستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فسحة من الوقت تبشر فيها هذا الحق، خاصة إذا أصبح ذوره أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقيبته -لا على القوانين بعد إقرارها- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يحسم هذا المجلس سلفا المسائل الدستورية المنصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهدها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تبدد وقتها في بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية المسابقة، لا تتعلق بغير القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التي لا تزال تناقشها وتجيل بصرها فيها لأنها قد ترفضها، فلا يكون لها من وجود. وقد تعدلها بما يغير من الصورة التي كانت عليها وقت تقديمها. فإذا رقبها المجلس قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل في سلطة التقرير التي تملكها، وأخل بالتوازن بين نصوص

(١) تتعلق الرقابة الوجوبية للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي سنود إلى شرحها.

(٢) تنص المادة المباشرة من المستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال الخمسة عشر يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، ورتبها بالطريقة التي يراها، وكأنه ينظم أفكار السلطة التشريعية وييسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعلا نص للمادة ٣٩ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس للدولة فيه<sup>(١)</sup> والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه في هذا المشروع قبولا أو رفضا أو تحديلا. ولا تحل سلطة سواء في ذلك.

والرقابة السابقة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، بكفي لتحريكها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور للفرنسي، وأن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستوري.

فإذا كان الطعن مقدما من ستين نائبا أو من ستين شيخا، فليس شرطا أن يقدم هؤلاء أو أولئك طلبا واحدا بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يقدموا به منفردين Individuellement على أن تتعلق طعونهم الفردية بذات القانون<sup>(٢)</sup>. فإذا قدم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول<sup>(٣)</sup>.

كذلك ليس شرطا أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية؛ ولا أن يكون معززا بدعائها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهبون عادة في شرحها، وفي بيان حججها، والأسس التي تقوم عليها، ويفصلون بالتالي أوجه عوارها واحدا بعد الآخر حتى يحيطوا بها. وقد حرصهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر في الجريدة الرسمية؛ وكان عليهم بالتالي التنبيل على جدبتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة تتكامل بها براهينها<sup>(٤)</sup>.

(١) وأولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي يثيرها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بالرقابة اللاحقة مثلما هو الحال في كثير من الدول.

(٢) Decisión mò. 59- 1, D. C. du 14-mai 1959, Rec., 1958- 59 p. 57.

(٣) Decision mò. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٤) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري يطعن فيه على قانون يمس حرمة تكوين الجمعيات، اكتفى رئيس مجلس الشيوخ بقتول بأنه يعرض هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذي تفرغ فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه العوار التي نسبها الطاعنون إلى النصوص التي يدعون مخالفتها للدستور.

وأيضا، كذلك أن يتم تراره بطلانها، على غير الدعاوى التي تملك الطاعنون بها، وأن يفصل في دستورية نصوص قانونية غير التي طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعما لوجهة نظر الطاعنين، أو منتهيا إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -بصفة مبدئية- مضمون القانون في جملة أحكامه، كي يفصل على ضوء هذا المضمون، في صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها.

### المبحث الثاني

#### خصائص الرقابة القضائية المابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- وسواء كانت الرقابة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تنتم بالخصائص الآتية:

أولاً: إن محطها كل قانون أقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد<sup>(١)</sup>.

Non encore promulguée, mais définitivement adopté par le parlement.

فلا يفصل المجلس في دستورية نصوص قانونية لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على أكبر قدر من الأهمية، كالقوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية.<sup>(٢)</sup> فإذا كان الاقتراح على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلق بنصوص قانونية حذفها البرلمان، كان الطعن غير مقبول.

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل في دستوريته بطريق الدفع الفرعي<sup>(٣)</sup> Pare voie d' exception، ولا تقديم آراء استشارية في شأن هذا القانون للجهة التي تطلبها<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: لا يستهض الفصل في دستورية القوانين المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي وهي القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر في مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثاً: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها في فرنسا رقابة سابقة Apriori ووقائية Preventif فلا تتعلق بغير القوانين التي لم تصدر ليا كان موضوعها<sup>(٥)</sup>.

(١) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٢) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.

(٣) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.

(٤) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai. 1980, Rec., 1980, P. 61.

(٥) C.C. 78- 76, D.C., juil 1978, R.P. 29.



ولا يفصل المجلس بالتالى -سواء بطريق مباشر أو غير مباشر- فى دستورية قانون بعد صدوره. إلا أن ذلك المجلس أصدر قرارا فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصورة جزئية، وفى الحدود التى نص عليها هذا القرار.

فقد أقام المجلس بمقتضى ذلك القرار صلة من نوع ما بين القوانين التى يدخل نظرها دستوريته فى ولايته -وهى القوانين التى لم تصدر بعد- وبين القوانين التى لا يختص بالفصل فى دستوريته، وهى القوانين المعمول بها. وتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو أكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجرد تنفيذها، ففى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون القائم المعمول به<sup>(١)</sup>.

#### وفى ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au regard de la constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsque il s'agit de simple mise en application d'une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أحال إليه قانون لم يصدر بعد ينولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلا أو مكملًا أو مؤثرا فى مجال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه<sup>(٢)</sup>.

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلا بأن القانون المعمول به قد يخل بضمانة دستورية تتصل بحقوق المواطنين وحررياتهم. فإذا أنفذ أحكامه قانون مطعون فيه لم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القانون القائم<sup>(٣)</sup>.

(١) C.C. 85- 187 D.C., 25 janu 1985, R.p. 43.

(٢) François Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertes, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستورى السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تتعلق بتعديل قانون لم يصدر بعد لقانون قائم، أو تكملته لهذا القانون، أو تلغوه فى مجال تطبيقه؛ لا تضيق من نطاق المبدأ الجديد لأنها تتسع لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى المل.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 4 e edition, p. 189.

ولما كان الأمر، فإن للبين من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذ" ١١..

فهل تعدد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته للقوانين المعمول بها التي يطبقها Appliquer أو يعدلها Modifier، أو يكملها Compléter أو يؤثر في نطاق مبرياتها Affecter le domaine قانون لم يصدر بعد يفصل للمجلس في دستوريته ١١.. لم أن إسقاطها كان سهوا ١١..؟

لن ما أراه صوابا في ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد تعطل عن مبدأ سابق لها بطريقة هادئة. وهو ما اعتقد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قصد إليه.

رابعاً: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعادية قبل إقرارها، كفل تقييد السيادة البرلمانية التي لا يجوز إغفلها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخي عميق الجذور، تمثل في حوص رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم في القوانين التي تعارض تطبيقها حتى لا تعرقل أعمال الثورة أو إصلاحاتها، فحظروا عليها نظر دستورية القوانين<sup>(١)</sup> وكان القضاء الذين يعارضون القانون، يعتبرون مذنبين بجريمة الفدر<sup>(٢)</sup>.

وقد رفض القضاء الفرنسيون وعلى نقض زملائهم الأمريكيين - الفصل في دستورية القوانين. وأيدتهم في ذلك محكمة للنقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يحجر إلا عن السيادة الشعبية التي لا تجوز مناقشتها، ولأن ذلك هو ما تكس عليه المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٣، والمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور سيمر تناغوا في هجومه على المحكمة الدستورية العليا، إلى محاكمة قضاتها بجريمة الفدر التي تنافي أركانها في نظره بسبب إبطالهم بعض قوانين السلطة التشريعية المخالفة للدستور ١١..

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية، من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣/١٥ و ١١/٧١/١٨٥١.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاء في أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عن تطبيق القانون المناقض للدستور، غير إعمال لوظيفتهم القضائية التي تسلك للقواعد القانونية في مدارج مختلفة، يأتي للدستور في أمتها.

خامسا: أن القوانين العضوية وللوائح البرلمانية -بما في ذلك لوائح مجلس البرلمان- مبنية في شكل مؤتمر -تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر في دستوريتها<sup>(١)</sup>. ولكن المجلس لا يتدخل في القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تخويل حق الطعن في هذه القوانين لستين نائبا أو ستين شيخا مقرا أصلا في دستور ١٩٥٨ وقت صدوره. ثم عدل هذا الدستور في ١٩٧٤/١٠/٢٩ ليكفل لهم هذا الحق بقصد تقوية للمعارضة البرلمانية، وتأكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التي يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

سادسا: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول المجلس سلطة تقدير وتقرير تماثل تلك التي يحوزها البرلمان. ولكنها تخوله فقط أن ينظر في دستورية القوانين التي تحال إليه وهو ما قرره في ١٥ يناير ١٩٧٥ قائلا:

L'article 61 de la constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour ce prononcer sur la conformité à la constitution des lois déferées à son examen.

سابعًا: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور التي تجيز فترتها الأولى للحكومة -ومن أجل تنفيذ برامجها- أن تطلب من البرلمان الترخيص لها بأن تصدر أوامر تتخذ بها -خلال مدة محدودة- تدابير تدخل بطبيعتها في منطقة القانون. وتتضمن فترتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس

(١) قننى المجلس الدستوري الفرنسي ببيان لائحة برلمانية قررت المساواة الوزارية في غير الحدود التي نص عليها الدستور، انظر في ذلك قراره في ٢ يونيو ١٩٧٩.

(٢) يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بالطعن المتقدم في القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل في الخصومة الدستورية.

الدولة، وتتخذ اعتباراً من تاريخ نشرها. وتزول قوتها إذا لم يسودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض Avant la date fixée par la loi d'habilitation.

وعلا بفقرتها لثلاثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة بتعديل هذه الأوامر -في مجالاتها التشريعية- بغير قانون<sup>(١)</sup>.

وتعليقاً على نص المادة يقول François Luchaire<sup>(٢)</sup> بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقاً لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة في شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها في البرلمان.

وتنقل هذه الأوامر -إلى ما قبل التصديق عليها من البرلمان- عملاً حكومياً، متخذاً شكل قراراتها الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجاوزة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها اللاتحي يظل قائماً Un acte de forme réglementaire

فإذا ما صدق البرلمان عليها -صرحة أو ضمناً- فإن هذه الأوامر تصبح عملاً تشريعياً، Acte législative، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجاوزة للملطة<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناط استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفي مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لزم تكمن الحكومة رغبة في أن يناقش البرلمان الأوامر التي أصدرتها بالنظر إلى سوء وقعها على مواطنيها.

(١) C.C. 85- 196 D.C., 8 août 1985. R.P. 63.

(٢) Lauchaire, commentaire à l'article 38 de la constitution, in, la constitution de la République Française, 2 édition. Economica, p.p. 795- 799.

(٣) C.E. 19 dec, 1969, R.P. 593.

وتلحقاً لتراخى البرلمان في إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية الدستورية- قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التي صدر بها الأمر، إذ يفيد هذا التعديل قبوله ببقائها، والتصديق حتماً عليها بالتالي. وفي ذلك يقول المجلس<sup>(١)</sup>:

La ratification peut resulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستوري رقابة إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها.

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمناً- فلا شأن لرقبته بتلك الأوامر.

أما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، ينال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها في حكم الأوامر التي لم يلحقها تصديق برلماني، ليندخل إبطالها في اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً<sup>(٢)</sup>.

(١) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.

(٢) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 edition, p. 1117.

### المبحث الثالث

#### الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية في مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل في دستوريته قبل تطبيقها -وعلى ضوء الصيغة النهائية للدستور- وجوبيا.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعنى مباشرة هذه الرقابة في شأنها بصفة تلقائية. ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور في ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا في اختيار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما في عرضها مؤداه بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن اللوائح البرلمانية -وعلى ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور- لا يجوز تطبيقها قبل الفصل في دستوريته.

وفي تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن كل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ في نطاق التنظيم الداخلي لشئونهما، كالقواعد التي يقرانها في شأن كيفية إدارة الحوار في جلساتها، وحقوق أعضائها في مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتأديبهم. ولا يدخل في نطاق اللوائح البرلمانية، الضوابط التوجيهية التي لا تظهر فيها، والتي يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل في اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناهج المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلا عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ. Le règlement adopté par l'une ou l'autre assemblée ويندرج كذلك في مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن هاتين الجمعيتين منعقدتين في شكل مؤتمر للظفر في مراجعة الدستور<sup>(١)</sup>.

وسواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجلسين التشريعيين، أو عنهما معا منعقدتين في شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريته، تنتم بصرامتها وبقوتها. ذلك أن

(١) C.C. 63- 24 D.D., 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستوري يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستورية L'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك للقوانين العضوية<sup>(١)</sup> وللتدابير التشريعية التي تتخذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور<sup>(٢)</sup>.

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط بل إن اللائحة البرلمانية التي يقضى بمخالفتها للدستور، يتعين أن تتخذ مبادئها للجمعية التي أصدرتها، سواء كانت هي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، أخذة في اعتبارها مضمون قرار بطلانها لمخالفتها الدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة في صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية<sup>(٣)</sup>.

وسواء أبطل المجلس الدستوري اللائحة الجديدة أو وجه البرلمانين إلى طرائق تطبيقها<sup>(٤)</sup>. فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شئونهم الداخلية التي يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس في شأن اللوائح البرلمانية فصلا في دستوريتهما، يدل على حرصه -وفي إطار سياسته القضائية la politique jurisprudentielle- على صون حقوق البرلمانين في مواجهة الحكومة؛ وضمان امتيازاتها قبلهم. ولم يقلل المجلس بالتالي، محاولة البرلمانين تحويل أنفسهم مزايا حرمهم الدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم يجاوز الحدود التي أذن للدستور لهم بها. كتوسيعهم من اختصاص لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية<sup>(٥)</sup>.

(١) C.C. 59- 2 D. C., 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p. 61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962. R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٢) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15.

يلحظ أن التدابير التشريعية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٩٢ هي اللازمة لسير المؤسسات لتكوينها من مباشرة وطلاتها، وتتخذ هذه التدابير في مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة. وتصدر هذه التدابير بمراسيم تكون لها قوة القانون.

(٣) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

(٤) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

(٥) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966. R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C. 28 juin 1972, R.p. 17.

Commissions d'enquête et de contrôle ومساءلتهم الحكومة في غير الأحوال المنصوص عليها في الدستور<sup>(١)</sup>. أو تقييدها بزمن معين تكلى فيه ببيان<sup>(٢)</sup>، أو إلزامها بأولوياتهم التي يحدون بها الممثل التي يناقشونها في جلساتهم<sup>(٣)</sup>.

وكما قلوم المجلس محاولة البرلمانيين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، لقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة للحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التي فرضها الدستور عليها. وفي هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق في تكوين تجمعاتهم السياسية داخل البرلمان<sup>(٤)</sup>، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصولتهم<sup>(٥)</sup>، وصان لهم الحق في تعديل لوائحهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق أفضل<sup>(٦)</sup>. فبلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم<sup>(٧)</sup> ولا يتعد البرلمانيون حق رئيس الجمهورية في الدخول في معاهدة دولية والتصديق عليها؛ ولا حق الحكومة في توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يعد صحيحاً اليوم ما كان يقال من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشؤون السياسية، يفوق أثر الدستور في توجيهها<sup>(٨)</sup>.

ذلك أن المجلس وخضعها لرقابته الصارمة لضمان تقييدها بالدستور، وهو يشكل بذلك صورة للعمل البرلماني يكون بها منطقياً.

(١) C.C. 59- 2 D.C., 17, 18, 24 juin 1959. R.p.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C. 20 nov 1969, R.p. 15.

(٢) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972, R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٣) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969, R.p. 15.

(٤) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.

(٥) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.

(٦) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988, R.p. 153.

(٧) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.

(٨) Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.



### المبحث الرابع

#### الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان في فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. وهما مجلسان تشريعيان يتخذان أحياناً في شكل مؤتمر بجمعها للنظر في تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين للمجلسين -إلى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق في أن يفصل منفرداً في صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالي بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تختلف السياسة بأهوائها وتفرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة الداخلية التي تفرضها السلطة التشريعية على نفسها. وتباشرها بوسائلها، لتقرر على ضوءها من يعتبرون من أعضائها وفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التي تظاهر بها ليس فقط أنصارها؛ بل كذلك خصومها. إذا أعوزتها الحاجة إليهم حتى تستقطبهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذاً من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالاً للتصوية ارتضوها جمعتهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفقة غير معلنة تنهزم بها القيم، وتطو معها المصالح النفعية على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين للمجلسين في الفصل في صحة عضوية أعضائه تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -وتتدرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كان منطقياً أن تتعارض تطبيقاتها حتى في حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطعون في صحة عضويته.

وتلك جميعها مأخذ خطيرة على الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنّبها دستور ١٩٥٨ بما نص عليه في المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستوري دون غيره، بالفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا تثير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

٣١٨- ولم يعهد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة الفرنسي بولاية للفصل في العضوية بالنظر إلى الطبيعة السياسية التي تغشاها، ولأن البرلمان ما كان ليقتل برقابة على صحة العضوية البرلمانية بتولاها مجلس الدولة الذي ساء ظن للبرلمان به منذ الحقبة النابوليونية.

وينبغي أن يلاحظ في شأن الرقابة القضائية التي يفرضها المجلس الدستوري على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتي:

أولاً: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية بوليس قبلها. وهو لا يتدخل في شأن يتعلق بها إلا إذا نوزع في صحتها.

بما يفاير بين حدود ولايته هذه، والولاية التي كان يباشرها البرلمان في شأن العضوية قبل صدور دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون في العملية الانتخابية التي تتعلق به بكامل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، ولو لم يجر نزاع في شأنها.

ثانياً: أن المجلس لا يفصل في صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeur ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوماً أن المقيد في جدول الدائرة الانتخابية للطعون في صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين. ويدخل في إطار المرشحين ليس فقط من قبل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم تجريح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحاً من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: لا يجوز أن يفصل المجلس في طعون غير مستوفية لشكليتها. وهي تكون كذلك إذا لم تكن موقعاً عليها أو كانت لا تعرض وقائعها بصورة كافية، أو تُجهل بأسمائها<sup>(٢)</sup>، أو كان

(١) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p./14;

C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p. 82; C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

(٢) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988. R.p. 118; C.C. 88 -1053, 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن في صحة العضوية البرلمانية. ويتعين بالتالي أن يقدم الطعن بأكبر قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن في العملية الانتخابية برمتها، أو إلى النواب والمثبوع جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع في مدينة بأكملها<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الطعن لا يكون مقبولاً، ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من ينالزع في صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التي أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتيجتها<sup>(٢)</sup>. على أن المجلس يقبل الطعن في مشروعة مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلباً عارضاً تلعباً لطلب أصلي، هو المنازعة في فوز عضو في دائرة انتخابية بذاتها<sup>(٣)</sup>.

خامساً: لا ينظر المجلس في غير الطعون التي تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالي الطعون الانتخابية التي تودع قبل بدء سريان هذا الميعاد.

سادساً: وفي الحدود المتكافئة، يختص المجلس بالفصل النهائي في كل خلل يشوب العملية الانتخابية في كافة مراحلها، ولو كان الفصل في صحة مرحلة منها، مما يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrégularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائياً في كافة التنازعات المؤثرة في العملية الانتخابية حتى مع التمسك بأن للمسلطة القضائية اختصاص الفصل في صحة القيد بالجدول الانتخابية. ذلك أن تحويل هذه الجداول، يؤدي بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في كل خلل يتطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. ذلك أن قرارات المحكمة الإدارية في هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستوري<sup>(٤)</sup>.

(١) C.C. 88- 1038, 13 juil 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.

(٢) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.

(٣) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.

(٤) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل -بمقتضى المادة ٤٤ من الأمر الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧- فى كافة شئون العملية الانتخابية التى لها صلة بالطعن، وكذلك فى الدفوع المتعلقة بها. وهو بذلك القاضى الوحيد فى هذه الشئون، وفقاً لنص ٥٩ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ولأن المجلس يفصل فى هذه الطعون -على ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧- بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التى تحيلها جهة قضائية إلى غيرها، وتتركب حكمها فيها، لا يتحقق فى الطعون الانتخابية التى يختص المجلس دون غيره بالفصل فى كافة جوانبها.

ومع ذلك أخرج للمجلس من ولايته، نوعين من الدفوع<sup>(٢)</sup>.

\* دفوع يوجهها الطاعن إلى قانون قائم أثر فى العملية الانتخابية، ويتوخى بها إبطال هذا القانون لمخالفته الدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به ليا كان محتسواً، ويؤسس المجلس ذلك على أنه يفصل فى الطعون الانتخابية البرلمانية، باعتباره قاضياً، وليس قاضياً للفصل فى دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d' exception. وكان أولى بالمجلس أن يفصل فى دستورية كل قانون يؤثر فى سير العملية الانتخابية، وأن يستند فى ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس ولاية النظر فى كافة المسائل والدفوع التى ترتبط بالطعن.

(١) طبقاً لهذه المادة: يفصل المجلس الدستورى للفرنسى -فى حالة المنازعة- فى السير المنتظم لانتخابات النواب والشيوخ.

(٢) C.C. 88- 1046, 21 oct 1988. R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاجراء ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصل فى دستورية القوانين التى يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وأن يركز فى ذلك إلى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس النظر فى كافة المسائل والدفوع التى ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

\* دفع غايتها الطعن في أثر تدخل رئيس الجمهورية في تحويل نتيجة العملية الانتخابية بعد انتهائها. وكان يجب على المجلس أن ينظر في أثر تدخل رئيس الجمهورية في شئون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التي يكون قد باشرها لصالح أحد المرشحين<sup>(١)</sup>.

ثامنا: لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التي تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية<sup>(٢)</sup>، ولا للطعون التي تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى العدة. وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شئون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالي كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابي لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية -وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في المادة من الأمر الصادر ١٩٥٨/١١/٧- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلي، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

تاسعا: لا يفصل المجلس في غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ بما مؤداه:

\* إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية في هذه الدورة وصولاً لإبطال ثانيتهما<sup>(٤)</sup>.

(١) عملاً بنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي، لا يجوز مساءلة رئيس الجمهورية عن الأعمال التي ياتئها أثناء مباشرته لوظيفته، إلا في حالة الخيانة البتلي Qu' en cas de haute trahison وتقتصل محكمة العدل العليا La haute cour de justice في هذه المسؤولية أو تخلفها، فنظر في اختصاص المجلس في الفصل في الطعون الانتخابية تطبيق لوثير على نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسي.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la Republique Française, 2e édition, Economica pp.1101-1106

(٢) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet. 1988. R.p. 118.

(٣) C.C. 88- 1033, 13 Juil. 1988, R.p. 89.

(٤) C.C. 88- 1040/105٥ 13 Juil. 1988 R.p. ٩7.

\* أن المجلس لا يفصل في نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التي أنفقها في الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات في الدائرة التي خاض انتخاباتها.

ويقول Luchaire في ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة في طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر في أحيان كثيرة في طعون لا تتغيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات في الدائرة الانتخابية التي دخل معركتها، للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات المخصصة فيها، بما يخوله في النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التي أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفي قرارين أصدرهما المجلس أولهما في الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيهما في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظاً أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات بخطأ شلبها، وهو ما يدل ضمناً على أن المجلس قد ينظر في الطلب إذا وجد هذا الخطأ<sup>(١)</sup>.

عاشرا: ويحق للمجلس إجراء تحقيق في شأن الكيفية التي أُديرت بها العملية الانتخابية في الدائرة محل الطعن، ويخطر الطاعن وخصمه بنتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يبدأ ملاحظتهما كتابة في شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق. وتنف إجراءات الطعن إذا تخطى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المطعون عليه. ولا يعتبر نزولاً عن الطعن مجرد عدم رد الطاعن على المذكرة التي قدمها للمطعون ضده.

حادي عشر: ليس للطعن في العملية الانتخابية أثر موقف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع في صحة عضويته - وإلى أن يقرر المجلس الدستوري بطلانها - قائماً بوظيفته، ومتمتعاً بكافة الحقوق التي تخولها العضوية إياه. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثاني عشر: مودى الطبيعة القضائية للطعن في العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم في الطعن الانتخابي بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو يخول كلا منهم أن يمثل بمجلم يتولى للدفاع عن موكله كتابة لا شفاهاً. ومن المفترض في الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

(١) Luchaire, ibid, pp.1103.

يكون للعضو المطعون في صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفي الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التي تتصل بالعملية الانتخابية، بما في ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: ويبطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو يصححها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية في أجزائها المطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتهيا إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها *La sincérité du resultat*، أكثر من تركيزه على التقييم الخلقية التي دارت العملية الانتخابية في إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره الفاصل في الطعن، المآخذ التي لوثها على العملية الانتخابية، والتي لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يعنى أن تظل كثيراً من نصوص القانون الانتخابي بغير جزاء، كذلك التي تحظر مجاوزة الدعاية للحدود المنصوص عليها في هذا القانون.

وما إذا كان مقيدا في القوائم الانتخابية<sup>(١)</sup>. ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية بمراجعة أمرين:

أولهما: تحديد الأعمال التي رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأكثر على العملية الانتخابية بما يسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجرائها، بشرط أن يكون عوارها جسيما بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغتها مثالبها؛ أو على ضوء تنوعها، وتعدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على أوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تحرر عليه أحيانا أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابها، كالتكليل على ما وقع في هذه

(١) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعاية كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمنافسيه حتى يفوز من دولهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرائن، ومن الحقائق الجزئية التي تتضمن إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.



### المبحث الخامس

#### الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- لتصديق على المعاهدة عمل تعبر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكتفى لمسويتها في حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تالياً لتوقيعها وولعاً في الأجل التي عينها. وبه تدخل المعاهدة في مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -برأيه- مسنولاً عن إدارة الشؤون الخارجية وتوجيهها في مستوياتها الأعلى - ولو لم يكن قد تفاوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفاوض على المعاهدة الدولية، وعلى الأخص في الهامة منها. وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق *Lettres de ratification* التي تدل على القبول بالمعاهدة، والتعهد بتنفيذ أحكامها.

وترفق بنصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن أفراد رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص النظم الأوتوقراطية *Les regimes autoritaires* التي كانت قائمة في بعض الدول كالإبان قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور في التصديق<sup>(١)</sup>، وعلى الأقل، بالنسبة إلى أنواع بنواتها من المعاهدات الدولية، هي التي حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بنير قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالمسلم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق بموضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولي ينظم دولي، أو يفرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية، أو بحالة الأشخاص، أو بالتنازل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففي هذه الأحوال

(١) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكي من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ *With the advice and consent of the senate* قبل الدخول في المعاهدة.

جميعها لا يكون للاتفاق أو للمعاهدة من أثر قبل التصديق عليها أو إقرارها *Une prennent effet* ،  
*qu' après avoir été ratifiées ou approuvés*.

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور. (١) ذلك أن  
 المعاهدة الدولية إما أن تكون في مرتبة القانون، وقد تلو القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة  
 الدستور (٢).

وفي فرنسا -وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور- يختص مجلسها الدستوري بمراجعة  
 دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من  
 رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، لم يعد مقصوراً على هؤلاء  
 الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسي في ١٩٩٢/٦/٢٥.

وإنما صار لستين نائباً أو لستين شيخاً حق الطعن في دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي،  
 شأنهما في ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولي في ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث  
 تساويها فيمن لهم حق عرضها على المجلس للفصل في دستورتها. وعلا بنص الماد ٥٤ من  
 الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبيعة دولية على المجلس للفصل في دستوريته ثم  
 تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند في المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور؛ فإن قانون التصديق  
 عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور..

وقد دل التطبيق العملي لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله في ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن  
 السلطينتين الوحيدتين اللتين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل في دستورتها، كانتا  
 رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسئوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وتراضيهما على  
 أحكامها، مدفوعين في ذلك أحيانا برغبتهما في تقليص أظافر المعارضة، ولجأها محاولتها وصم

(١) C.C. 74-54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89-268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

(٢) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تم إقرارها أو التصديق  
 عليه، يكون لها من وقت نشرها قوة تلو القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son application de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وحرمانها بالتالي من فرصة نقضها، ولضمان تمريرها في النهاية بد أن يؤكد المجلس دستوريته، سواء في الأسس التي تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس في الدستور الفرنسي نص يحدد ميخاداً حتمياً لا يجوز بعد لقضائه، أن يتدخل المجلس للفصل في دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا للتصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وشمة فوارق رئيسية بين الرقابة التي يباشرها المجلس على دستورية القوانين العادية وقبلاً. لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التي يمارسها في شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهي فوارق تظهر من النواحي الآتي بيانها:

أولاً: أن مهلة الشهر المنصوص عليها في المادة ٦١ من الدستور للفصل في دستورية القوانين العضوية والعادية، والتي يجوز إيقاضها إلى ثمانية أيام في حال الاستعجال، لا مقابل لها في نص المادة ٥٤ من الدستور التي يفصل بمقتضاها في دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية القوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها المجلس في دستوريته. ذلك أن حتمية الميعاد تفرض وجود نص صريح بها.

ثانياً: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس في دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه *D'office*.

ولا كذلك القوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام في غير دستورية النص القانوني المطعون فيه، وإن ترخص في النظر في كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثاً: إذ يفصل المجلس نصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً فإلما يقر بذلك السلطانين التشريعية والتنفيذية اللتين صنعتا القانون، أو تقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس بالتالي غير خيار وحيد هو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وأخيراً: إن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع؛ بل إلى السلطة التأسيسية التي يدعوها لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو في ذلك لا يعطيها أية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا ينهاها حتى إلى أحكام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيّدة نفسها. وهي التي تحدد خياراتها في الكيفية التي يعدل بها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلمتها في ذلك هي العليا. وعلى المجلس أن ينزل على قرارها حتى لا يتهم بتحوّله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التي يقرر مخالفتها للدستور، إذ يوجه المجلس قراره في هذا الشأن إلى المشرع. ويبين في منطوق قراره، النصوص التي اعتورها البطلان، ويفصح في أسبابه عن الكيفية التي يعدل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمان هذا الخضوع وتوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التي يصحح بها خطأه.

خامساً: ويتعلق الفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، في أنحر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعد أن يعدله المشرع بما يوفق أحكامه مع الدستور. ولا يعدل المشرع غير النص المناقض للدستور.

وإلى أن يعدل المشرع ذلك للنص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانوني يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيها أو يزيل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعدل، ولكن الذي يعدل هو الدستور. وفي هذا الإطار قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي ' union européenne ' لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور<sup>(١)</sup> ('). Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution.

سلامة: ويفصل المجلس -وعلاً بنص المادة ٥٤ من الدستور- في دستورية كل تعهد دولي. وهو تعبير وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور<sup>(٢)</sup>، تندرج في إطار التعهد الدولي، وتشملها ولاية المجلس الذي يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدستور يتعين أن يكون سابقاً على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضي تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو لإقرارها بقانون؛ فإن المراجعة القضائية التي يتولاها المجلس تنحصر عنها.

(١) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel. 3e édition, pp. 167- 169.  
(٢) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات المتعلقة بالسنم أو بالتجارة وكذلك المعاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو التي ترفع التزامات مالية على الدولة، أو التي تعدل نصوص من طبيعة تشريعية أو التي تنطبق بحالة الأشخاص، أو التي تشمل على تنازل عن الإقليم أو تبادل أو إضافة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بخير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هذا التصديق أو تلك الموافقة.

### المبحث السادس

#### الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري، هيئة قضائية دستورية. وهو تساؤل يطرح جدلاً فقهيًا حول طبيعته التي لا يعنى الدستور بالخوض فيها، دالا بذلك على أن ما ينبغي التركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حوارًا بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة كما كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخاضعين من الفقهاء؛ فإن تعمق حججهم يقودنا إلى اتجاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ وثانيهما: يراه من طبيعة سياسية؛ فلنتأمل إذا ما يقولون، ونديره بأنفسنا على حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صوابًا من ألقاهم.

### المطلب الأول

#### القائون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس

٣٢١- يستند هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع، على ضوء قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه De dire le droit.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، على تقدير أن كلمته هي العليا.

وكلما عرض نزاع على المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطار من تكافؤ الفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون للنصوص المطعون عليها، أو من ينتقونها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كالقفل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها؛ فإن العملية العقلية التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستدعيها في الطعون التي تقدم في شأن القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٢/ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة. في إبطال النصوص القانونية التي يعارضونها.

وليس أدل علي الصفة القضائية للمجلس، مما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقرر المجلس عدم دستورتها، لا يجوز إصدارها.

### المطلب الثاني

#### القائلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ - والقائلون بالطبيعة السياسية - لا القضائية - للمجلس<sup>(١)</sup> يفصرون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها، وطبيعة المهام التي يتولاها، تكفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية - قانونية - *Organ - politico-juridique* وأنه يفصل فيما يدخل في ولايته من المسائل من زلوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية<sup>(٢)</sup>.

#### ويؤسس هؤلاء وهؤلاء رأيهم على ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه ذلك أن أعضاءه يعينهم سياسيون يحلون في مناصبهم، أعلى مستوياتها.

وليس شرطاً في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانوناً لتولي المهام التي ينهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفتهم هذه، أو علي الأقل عنهم فيه إصداء لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون - وهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية - ولكنهم يتدخلون - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مباشرة السلطة التشريعية بما يجعلهم شركاء فيها.

(١) Bernard Chenot, Le domaine de la loi et du règlement, P.U.A.M., 1978, P.178; le Conseil Constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 Dec., 1985.

(٢) Paul Coste - Floret, Débats et Avis du C.C.C., doc. Fr., 1960, p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمتها. وإذا فُصل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتها التي لا يتنها إلا إصدار القانون، يكون ثابتاً بغير نزاع، وعلي الأخص على ضوء ما هو مقرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفاً إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقياً بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس الجمهورية إذ يعيد قانوناً إلى السلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها على القانون بعد إحالته إليها على هذا النحو، لا يكون تصريحاً على قانون جديد، وإنما هي مداخلة تشريعية في ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكميلية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته<sup>(١)</sup> ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة *la procedure legislative en course*. أفلا يقع المجلس داخل نطاقها...!!

٣. أن المجلس يلعب دوراً حقيقياً في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أن يُلغى شكلاً من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهددها إلى ما يكون صواباً في العملية التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشروعاتها إلى المجلس، من شوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً<sup>(٢)</sup>.

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوافر فيها ثلاثة شروط:

أولها: أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها *A posteriori* من أجل فوض جزءاً على مخالفتها للدستور؛ وثانيها: وقوع ضرر بالطاعن من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقها؛ ثالثها: أن تباشرها محكمة خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يبشرها المجلس، والتي لا تنطبق بقوانين قائمة، وإنما بقوانين لم تصدر بعد *A priori*.

(١) C.C.85-197.D.C.,23 août 1985,R.P.70

(٢) مشار إلى هذا الكتاب الدوري الصادر عن الوزير الأول إلى وزيره في ص ٥٢ من الطبعة الثالثة من المؤلف Domonique Rousseau السابق الإشارة إليه.



وهي كذلك رقابة علي مجموع نصوص القانون، ولا تنحصر بالتالي في تلك التي حددها الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هي محض ضمان سيادة الدستور التي لا شأن لها بالمصلحة الشخصية للطاعن<sup>(١)</sup>.

٥. أن المجلس يقوم بخلق القانون، وتلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتعذر فصلها عن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاء الشرعية الدستورية لوثائق الحقوق والدستور، يفترض تفسيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة كلما يتحقق في مجال الرقابة على دستورية القوانين. ذلك أن النظر في القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للجرد والحيدة، ولا هو قراءة لى الفراغ لأحكامه، ولا هو تصور موضوعي لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أقروه.

وكل نشاط قضائي تتدخل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويتأثر كذلك بالقيم التي يحاز القضاء لها، والتي يحدون من خلالها تلك المبادئ التي يمنحونها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد ترديد لنصوص القانون؛ ولا لنصوص وثائق إعلان الحقوق؛ ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنها تحمل في إعطافها معاني متعددة يواجها قضاء الشرعية الدستورية، ويختارون ولحا من بينها في إطار وظيفتهم القضائية<sup>(٢)</sup>. ولئن وجب القول بأن كل تفسير للنصوص القانونية، ليس محض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاء الشرعية الدستورية -ولو بغير وعي منهم- إلى التقييم التي يفضلونها، وإلى البدائل التي ينحازون إليها. فلا يكون للنص بعد تفسيره، غير المضمون الذي ألحقه هؤلاء القضاء به. ولئن صح القول بأنهم يتقيدون في كل تفسير بقرائنتهم السابقة،

<sup>(١)</sup> Patrich Juillard, l'aménagement de l'article 61 de la Constitution, R.D.P. 1974, p. 1703.

<sup>(٢)</sup> ولما ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي أن للحكومة أن تحصل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها، وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن "البرلمان قد وافق على هذا البرنامج. ذلك أن كلمة "برنامج" المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور، تختلف في معناها عن كلمة "برنامج" التي تأتيها في نفس المادة ٤٩ من الدستور. R.P. 31, du 12 Janu. 1977, C.C 76 - 72 D.C.

وبتحليل الفقهاء لقضائهم ويرد فعل أحكامهم على الطبقة السياسية، وبمزاج الرأي العام والحالة التي يكون عليها، إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهى تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

### المطلب الثالث

#### ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

#### ٣٢٣- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولاً: أن الرقابة التي يفرضها لضمان الشرعية الدستورية تقتضى النظر قضائياً فى قواعدما بقصد ناصيلها والتخريج عليها، وتحويلها إلى قانون بمعنى الكلمة، مثلما تفعل المحاكم القضائية فى إرسائها لقواعد القانون المدنى. وهو ما نحاه كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى بناء قواعد القانون الإدارى.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر فى الدول التى أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة؛ ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة يكاد يصبح الدستور فى كنفها، غير الدستور فى الصورة التى ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر المقضى التى يكتسبها قضاء الجهة القضائية التى تتولى فرض الشرعية الدستورية.

وربما كان المرجفون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا يبيغون غير الانقضاض عليها، وتقويض حجة قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المسرح السياسى، وفى إطار الحلبة السياسية التى توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتهم أن الاعتبار الأهم، ليس هو النظر فى الحالة التى كان عليها المجلس حين أنشئ، وإنما تحليل الصورة التى آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء فى غلبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التى كلفها هذا المجلس، فى مجال رقابته الدستورية، كان لها -وبالنظر إلى كثرتها وعقها- أكبر الفضل فى توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً فى فهم الدستور، وإلى التأثير فى عملية صناعة القانون ذاتها. ولا حاجة بعد ذلك فى القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

### المطلب الرابع

ماذا كان يرد بالمجلس الدستوري الفرنسي، ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- وسواء كان المجلس جهة قضاء، أم كان حلقة في الموازين السياسية، فإن المسألة السياسية التي أنشأتها، كان عليها أن يظل في الظلام، وأن يكون دوره خافتاً، وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى في المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هي مركز الثقل في موازين القوة في الحبة السياسية. فلا يرقبها قضاء الشرعية الدستورية في تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محاكمها قد تنتظر بتحفظ كبير واستراتيجية عميقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، وإذا جدد لا يجوز أن يتوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تقليدياً- وبصورة فعلية- ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستوري، كان يمثل ردة عن مفاهيم تقليدية أساسها أن السيادة للقانون، وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير؛ وأن لكل سلطة شأنها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذي نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨، باعتباره مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها، هي التي حددت ولايته بصورة ضيقة. والذين أقره توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام في فرنسا، كان يعارض القبول بتكوين خاص يتفرد بالمراجعة القضائية للدستورية القوانين.

بيد أن هذه الاتجاه، لم يثن المجلس عن المضي قدماً في مباشرة ولايته وتسميتها إلى أن تسنم ذراها في عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة، كان عمل المجلس قائماً على التحوط والمناظرة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -ومن خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تنمرد على السلطة التي أنشأتها، وتجاوز توقعاتها.

٣٢٥- وكانت نقطة البداية في توجه المجلس، هي تركيزه على أن ولايته منحصرة في الحدود التي يحددها الدستور بها<sup>(١)</sup>.

La constitution a strictement délimité la compétence du conseil constitutionnel

ومن ثم رفض المجلس إيداء آراء استشارية لأية جهة<sup>(٢)</sup> ولم يقبل كذلك الفصل في دستورية القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء تأسيساً على أن القوانين التي تدخل في ولايته هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها؛ وأن القوانين التي لقرنها الجماهير في استفتاء عام، تعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالي<sup>(٣)</sup>.

وقد كان موقفه في ذلك حكيماً حتى لا يدخل في صراع مع السلطة التنفيذية التي كانت تمثل في هذا الوقت مركز القوة في النظام السياسي القائم<sup>(٤)</sup>.

وظهر المجلس بذلك كهيئة حذرة تتحوط فيما تفصل فيه، وتولي احترامها لنصوص الدستور وللشرعية الديمقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فحول البرلمان الحق في أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور<sup>(٥)</sup>، متخذاً من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، سنداً لقضائه، ومنتظياً إلى اختصاص

(١) C.C. sep. 1961, R.p. 55.

(٢) يعارض هذا الاتجاه فرانسوا لوشير قائلًا بأن من الأفضل أن يباشر المجلس ولايته قبل لا بعد.

François lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.  
(٣) C. C. 61- 20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

(٤) كان الشعب الفرنسي قد صوّت في الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاستراع العام المباشر. وقد طعن رئيس مجلس الشيوخ على هذا القانون مستنداً في ذلك إلى الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ إلا أن المجلس رفض الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عملاً حكيماً حتى لا يثير حفيظة رئيس الجمهورية -وهو في هذا الوقت الجنرال ديغول المهيب- إلى حد إنفائه لوجود المجلس ذاته.

(٥) تحدد هذه المادة، المجال المحجوز للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التي ترتبط عَقْلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التي تستلزم تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهي حقل شديد الاتساع<sup>(١)</sup>.

فضلاً عما قرره في ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون لقره البرلمان على نصوص لاحقية، لا يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيق ذلك القانون<sup>(٢)</sup>.

ثم قفز المجلس خطوة جريئة نحو آفاق بعيدة. وذلك حين كفل بقراره في ١٦ يوليو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق في تكوين الجمعية ينبغي أن يكون حراً، وأن تطبيق صحتها على قرار سابق -إدراكاً كان أم قضائياً- لا يجوز.

وقد أحال المجلس في تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦<sup>(٣)</sup>.

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه القاعدة ذاتها في ١١ يوليو ١٩٥٦<sup>(٤)</sup>؛ إلا أن فضل المجلس الدستوري في شأنها يتمثل في القيمة الدستورية التي خلعها عليها، وفي أنه صار يخوض فيما وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالي في ديباجة الدستور والوثائق التي تحيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التي أخطتها- أن يمد بصره إلى آفاق جديدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلاً لتقرير حقوق لا نص عليها في الدستور كذلك التي تتعلق بحرية الاجتماع.

وليس أدل على تلك الفترة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المتعلق بحرية الاجتماع والحق في تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -وهو القرار الصادر في ١٦ يوليو

(١) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

(٢) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

(٣) C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

(٤) C.E., 11 juil 1956, Amicales des Annamites de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر في غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La regularité externe؛ ولا يفصل بالتالى فى غير الأوضاع الشكلية التى تتطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع للدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلاً للمراجعة القضائية<sup>(١)</sup> مما أتاح لهذا المجلس أن يبشر بصورة مطردة ومتصاعدة، رقابة لا تنقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها فى نوعيتها، ليظهر المجلس فى النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدائل التى اختارها المشرع Le choix du législateur.

والتنازع المراجعة القضائية للبدائل التى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعنيها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خياراتها السياسية التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاضداً بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ١٠/١٩٧٤<sup>(٢)</sup> بما يخول ستين نائباً أو ستين شيخاً، حق الطعن فى نصوص القوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جيسكار دستان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها تأكيد الطبيعة اللبيرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

(١) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يلور خطأ فاصلاً بصورة قطعية بين الرقابة على العيوب الشكلية من جهة والعيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس لم يمل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كذلك التى تتعلق بمخالفة القانون لقاعدة عدم جواز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

(٢) انعقد مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأدخل تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أخصاص أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشروع التعديل -في صورته الأولى- متضمنا لقتراحين:

أحدهما: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل في دستورية القوانين التي يظهر كـه إخلالها بالحريات العامة التي يكفلها الدستور.

Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.

وثانيهما: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن في القوانين التي يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبل بالاقترح الأول بالنظر إلى ما تصوره من أنه يخلو المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

وأما الاقتراح للثاني، فقد قبل بعد نقاش مرير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدستور النفاذ إلى المجلس الممتوري للطعن في دستورية القوانين.

وأيا كان الأمر، فإن التعديل -في الصورة التي آل إليها- برهن على القوة المتصاعدة التي صار المجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكانة التي حظى بها، والتي لم يعد معها ثمة محل للنظر في إلغائه وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة في تاريخه، خاصة وأن المعارضة -ومنذ إقرار التعديل- لم تال جهداً في أن تحمل إلى المجلس، القوانين التي تقدر مخالفتها للدستور.

وهي بموقفها هذا تعان لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء الشرعية الدستورية بكل الوسائل القانونية التي تعارض بها سياسة تشريعية قاتمة، حتى إذا تحقق لها الفوز في نحبها على القانون مخالفته للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجريخ الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يعزز مكانتها، ويزيد من لطمتان المواطنين إليها فيمنحوها ثقتهم.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه، ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها في البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل في دستوريته، وإلا صار تعيبها لها ملوفا بالأغراض السياسية.

وكثيراً ما ضاق المجلس بالمطاعن التي غلفتها الأهواء المياسية، وقرر في وضوح أن المراجعة القضائية التي يباشرها لا تتوخى تعويق السلطة التشريعية، أو تعطيل مباشرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها في ضمان اتفاق القوانين التي تقرها مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان الفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة في نشاط المجلس، كلما كان معهم لتطويره موديداً إلى افتتاح آفاق جديدة لاجتهاداتهم التي يقومون فيها بتحليل قضاء المجلس من منظور القيم الجديدة التي كفلها، والمفاهيم الدستورية التي أرساها، والحقوق التي تستنبط منها، ومن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطقها على فروع القانون جميعها<sup>(٢)</sup>.

ومنذ أن أصدر المجلس قراره في ١٦ يولييه ١٩٧١ في شأن حرية الاجتماع، نظرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذاً أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن في مواجهة طغيان السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لطرائقهم في العمل، ولم يكن دور الصحافة في ذلك محدوداً.

(١) C.C. 85- 197 D.C., 23 aout 1985, R.p. 70.

(٢) Louis Favoreau, L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.



### المبحث السابع

#### لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا

٢٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن في ١٤ يولييه ١٩٨٩ - أمام رجال الصحافة - عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يخول كل مواطن حق الطعن في دستورية القوانين إذا قدر إخلالها بحقوقه الأساسية *S'il estime ses droits fondamentaux méconnus*.

وقد حرص مشروع التعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدئين:

أولهما: الطعن غير المباشر في القوانين بعد العمل بها. ثانيهما: التصفية الثنائية للدفع بعدم دستورتها *La saaine indirecte et un double filtrage*.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر في القانون، لم يخول مشروع التعديل كل شخص - طبيعياً كان أم معنوياً، وطنياً أم أجنبياً، من القطاع العام أو الخاص - حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن في دستورية قانون بعد صدوره، وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التي يرتبط الفصل فيها بالفصل في نزاع قائم إذا قدر القاضي تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً في نزاع يبنى الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة بيديها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التي أخذ بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإجالاته إلى حقوق الشخص الأساسية التي أخذ بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل النعي، وأن الأشكال التي يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون والملائحة<sup>(١)</sup> يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفع بعدم دستورية القوانين على مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولاهما تتم أمام المحاكم العادية في الأعم من الأحوال<sup>(٢)</sup> التي يتعين عليها أن تتحقق

(١) عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالنزاع المعروض عليها؛ ومن أن المجلس الدستوري لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المذاعى الموجهة إلى القانون لها رجايتها، فلا تبدو مفقرة إلى أسسها بصورة واضحة *Ne paraît pas manifestement infondée*.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحل المسائل الدستورية التى أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هذه المسائل، وما إذا كانت تدخل فى اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتفصل كل من هاتين الجهتين -فى حدود ولايتهما- فى الدفع بعدم الدستورية المحالة إليها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها جديتها *Le caractère sérieux*، أحالتها إلى المجلس الدستوري ليقرر خلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستمد قوة سريتها التى كان الدفع قد أوقفها. فإين كان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الامتناع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التعديل بعض المزايا أهمها عدم إقتال كامل المجلس بطعون لا طائل وراءها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التى تكفل جديتها.

فلا تعطّل الدفع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عبئا على إجراءات التقاضى، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل فى هذه الدفع خلال الأجل القصيرة التى عنها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى سريان قضاء المجلس بآثر مباشر، فلا يكون رجحاً فى أثره.

٣٣٠- على أن مشروع التعديل أثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك مثيراً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداهما قاضي الموضوع؛ وأخرى أمام محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين يختصان وحدهما - وبصفة نهائية - بتقية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن للقضاة الذين يتدرون جدية الدفوع بعدم الدستورية في هاتين المرحلتين، إنما يفصلون بطريق غير مباشر في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتفاوتان في ميلهما إلى إحالة المسائل الدستورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداهما أقل رغبة في ذلك. وقد يعمدان كلاهما إلى تفويض فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس للدستوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توكفا لعرضها من جديد - ومن خلال الدفوع بعدم الدستورية - على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخطى بنفسها وبلارتها عن الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النيل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خلال الدفوع بعدم الدستورية التي يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأيا كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة الذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضعفه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يقولون بها؛ ولأن المواطنين قد يحركون الرقابة اللاحقة بعد سنتين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركاساً.

فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة - في صحيح صورتها - يستحيل مزاجتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعمل معها. ذلك أن تماسكهما منفرد، وتعايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم -من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تأكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التى لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن فى القوانين التى طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعاً لنوع الرقابة التى تنصل به، وفى المرحلة الزمنية التى تقع فيها، فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣١- ولكن المؤيدين للمشروع استنفروا كل حجة يرون صوابها فى الدفاع عن حق الشخص فى الطعن فى دستورية القوانين. وساقوا لذلك براهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمل الرقابة السابقة، وتسد بالتالى فراغا قائما فى الرقابة على الشرعية الدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل فى أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تدل فى حقيقتها على رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هى فى أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تظهر الرقابة السابقة القانون فى مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لمرئياتها فى أحوال لم تتوقعها السلطة التشريعية، أو لتخليها الجهة التى تباشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التى كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التى كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملاً -لا تخيل صور تطبيقها- هو الذى يتيح الأفضل الفرص لسير أغوارها. فلا يكون الحكم بمستوريتها أو مخالفتها للدستور، مجانباً الحق فى الأعم من الأحوال.

لما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صوراً من تطبيق القوانين المعمول بها تتصادم بها مع الدستور.

ويعيها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو ستون نائباً أو ستون شيخاً.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضمن فيما بينها من خلال تحالفاتها واتفاقاتها السرية والجانبية واهتماماتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعُن في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إيراد أبوابها. ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة الرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين لن يترددوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للمستور، ويقدرّون أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردّها إلى صوابها. فلا تخالطهم نوازع السياسة وسوءاتها. إذ هم أحرص من غيرها على تقويم اعوجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري تنقسم بتسرعها، إذ عليه أن يفصل في دستوريّتها خلال ثلاثين يوماً، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سيره لأغوارها، محيطاً بجوانبها.

فضلاً عن أن الرقابة السابقة تصمم القوانين التي طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل في دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول للقائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريّتها، الحق في تطبيقها بالطريقة التي يرونها. ومن ثم تتعدّد تأويلاتها على ضوء الزاوية التي ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطيها غير المعاني التي يستصوبها بعد أن اطمأن إلى تعلقها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تفسرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

ونلك عيوب تنجود منها الرقابة اللاحقة، التي لا يتقيد الفصل في دستوريّتها بعد العمل بها بمدة جامدة حددها الدستور سلفاً، ولا بطبقة سياسية يكون بيدها وحدها حق النعي عليها بعدم الدستورية، حتّى وإن جاز القول بأن المعارضة رعى الأكل في الدول الديمقراطية حينئذٍ ألا

تظل القوانين المعيبة قائمة، ولها بالتالي -ومن خلال الرقابة السابقة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تنقيتها من شوائبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول الشخص حق الطعن غير المباشر فسي القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ ويُغير بالتالي في مهده.

### الفصل العشرون

#### الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القلمية Repressif

##### أولاً: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولاً به في دولة بسيطة، أو صادراً في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غائية ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تتقيد مباشرتها بزمن دون آخر. وهي كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لو بعد العهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قيل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحرياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين ينظرون إليها باعتبارها رقابة سياسية فسي طبعيتها<sup>(١)</sup> وأن أجالا قصيرة تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض في حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تسير أغوار هذه النصوص، ولا تتعمق جوانبها، حتى وإن ظل القانون المطعون عليه على ضوئها، موقوفاً إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستند كل مراجعة قضائية للقوانين مطعماً، فلا يعاد للنظر في دستوريته من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصور Inconciliable واحتمال تعارضهما قائماً.

فضلاً عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذاتها، يحمل فسي ثنائياً مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانوناً أقرته السلطة التشريعية. ولم يبق غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانوناً.

(١) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

لما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خبره التطبيق، وأظهر العمل صورا من الحوار فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تنقسم الرقابة اللاحقة بمواجهتها القانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحدث آثاره على صعيد تطبيقاتها العملية، وبأن للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التي ألحقتها بالمخاطبين بها. ومن ثم تنقسم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القانونين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم يناقض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

#### ثانيا: أوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقال من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تخل باستقرار أوضاع نظمته القوانين المعمول بها، مردود أولا: بأن المسائل الدستورية معقدة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالتقصي يحتم مباشرتها في إطار نظرة هادئة تحيط بها.

ومردود ثانيا: بأن قدم العهد على قوانين اطرده تطبيقها ودحا من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها<sup>(١)</sup>.

ومردود ثالثا: بأن القوانين التي تبطلها الجهة القضائية بعد العمل بها، تزول -عادة- كل الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرتد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التي أخلت

(١) من المقرر قانونا أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بعدم دستورية القانون. فليكن كندا قسما بطلان قانون بعد عشرين عاما من العمل به - Gerald A. Beaudoin, la Constitution du Canada, 2e tirage, révisé 1991, p. 170 وأبطلت محكمتها العليا الفدرالية القوانين المعمول بها في مقاطعة Manitoba منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية وهما اللغتان الرسميتان في كندا- بل بلغة وحيدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقته قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يجاوز العمل بها الفترة الزمنية التي حددتها هذه المحكمة، وللإلزام كحد أدنى لترجمتها إلى هاتين اللغتين في أن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. [1985] R.C.S. 721.



بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا تتقادم ولا يجوز للنزول عنها أو إسقاط الحق فيها<sup>(١)</sup>.

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، الخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الدائم المعمول به في مصر والتي تقضي بأن العدوان يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية في شأنها بالتقادم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير في نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التي لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأخطأ بها للتمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور في مصر - ومن خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها - قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها ولحقاً من خلال أعمال مدنية، فإن ضمانها من خلال تقييد اعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالرعاية وأحق بالحماية.

#### ثالثاً: محل الرقابة للقضائية اللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه الرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها أياً كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التي تتعلق بها. وقد تتناول هذه الرقابة أعمالاً لا تصدر عن السلطة في مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون بردائها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو في الأعمال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بتمامها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتعلق بأجزاء بذواتها من الدستور، كذلك التي تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلما هو

(١) تنص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتحمى الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمانه لعدم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأساس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم.

ونص هذه المادة يعني أن الكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بأنها أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأساس كل الحقوق التي يضمنها القانون الأساسي لألمانيا.

Donald. P. Kommers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, P.32

الحال في محكمة التحكيم الهلجيكية *la cour d'arbitrage* التي تنحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة ووحداتها الإقليمية. وبقاشر بعض الدول كالأبريتال نوعي الرقابة على الدستورية، السابقة واللاحقة معا.

### رأبما: خصلص الرقابة القضائية للاحقة

٣٣٧- وفي الدول الفيدرالية، نخضع لساتير ولايتها وتشريعاتها، لستور الاتحاد والقوانين الاتحادية.

كذلك تنسم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها، لا تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطرافها *inter partes*، ولكنها تتعداها إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها بما يجعل حجيتها مطلقة *Igra omnes*.

وما يقال من أن لقراراتها هذه قوة القانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة. ولكنها تجرد القوانين التي تنضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها، فلا يكون تطبيقها بعد ذلك متصورا.

### خامسا: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تنسم الرقابة اللاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتبارا من تاريخ صدوره *Fix nunc*؛ وإما أن ينفذ اعتبارا من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره *Pro futuro*؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بإبطال نص قانوني، أثر رجعي. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره *Ex tunc*. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بإبطال نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليمس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها، وإنما هو توكيد لحالتها التي كانت عليها ابتداء عند إقرارها *Ab initio*، وهي حالة يكشفها الحكم أو القرار بلا زيادة أو نقصان.

(١) يعتبر الدستور النمساوي نموذجا للأحكام بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نقرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر

يبد أن الجهة القضائية قد تعدل من الأثر الرجعي لحكما أو لقرارها بإبطال نص قانوني لا اعتبار يتعلق بيواعي العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعيًا في كل الأحوال، بل يتغير نطاق مسريته، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكما في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو باقتضاها.

وقد يخول الدستور الجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية، أثرا رجعيًا لحكما بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة، القوانين التي ألغتها.

وللقاعدة المنعول بها في ألمانيا الفيدرالية وألمانيا والبرتغال، هي أن للحكم الصادر عن محاكمها الدستورية أثرا رجعيًا تلقائيًا في نطاق النصوص الجنائية التي قضى بمخالفتها الدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، بعدم النصوص المطعون عليها اعتبارًا من لحظة ميلادها AB INITO.

وأحيانًا أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطبيق النص مع الدستور بما يوحى بمسريان حكمها اعتبارًا من تاريخ صدوره<sup>(١)</sup>.

(١) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقدير أن قانونا فيدراليا أو قانونا لولاية لازم للفصل في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالفًا للقانون الأساسي، أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية. ولا يلزم بالتالي لإجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة للدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي، بل يكفي لإجرائها اقتناع قاضي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يرتبط تطبيقه بالنزاع المعروض عليه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاة المحكمة الذين ولقوا عليه، وأن يرفق به بيان بالأسس القانونية المدعى مخالفته للدستور؛ ونص الدستور المدعى (إداره) مع إيضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة، والنزاع الموضوعي من جهة ثانية.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن اقتناع قضاة المحكمة المحلية بعدم دستورية القانون محل غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بغير الفصل في المسألة الدستورية محلالة إليها.

ويجب أن تمثل السلطة الفيدرالية في أعلى مستوياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم الذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لموضع وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يخول دستورها جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحدّ بها من رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار القانوني؛ أو لإعمال ضوابط تتسم بإضافتها، أو لتحقيق مصلحة عامة<sup>(١)</sup>.

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية للقائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التي تستصوبها في حدود سلطتها التقديرية. وهي سلطة زمامها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود في شأن ممارستها.

---

(١) Albrecht Webber, le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale. Perspective comparative. Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1) , pp. 51.57.

### الفصل الحادي والعشرون

### الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

### Abstract judicial Review

### أولاً: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الدفع، تعتبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم في نزاع موضوعي إذا وجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعي. وإنما هي في واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها في ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها في مصر في إطار الطعن بالنقض<sup>(١)</sup>. ذلك أن هذه الرقابة هي التي يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى في بلده<sup>(٢)</sup>، بالشروط المنصوص عليها في الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير القانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر في مواجهة الكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

بيد أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوباً فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة في دستورية القانون، ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تفرض محيطاً سياسياً هائلاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلما هو الحال في النمسا التي أعجز البرلمان حكمتها الدستورية عن العمل، وفشل حركتها من خلال هذه القوانين.

(١) وفقاً لنص المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات، يجوز للناظر العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الابتدائية -أي كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. وذلك في الأحوال الآتية:

- ١- الأحكام التي يجيز القانون للخصوم الطعن فيها
  - ٢- الأحكام التي فوت للخصوم موعد الطعن فيها أو فزلوا فيها عن الطعن.
- و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها الناظر العام. وتنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغية دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

(٢) سواء كانت هذه المحكمة داخلة في نطاق تنظيم جهة القضاء العادي؛ أم كانت محكمة دستورية متخصصة.

فضلاً عن أن تحويل الدعوى الأصلية بحكم الدستورية لكثيرين يغيثون منها، مؤداه تراحم للقضايا وتركها على قضاء الشرعية للدستورية. فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حدد ذلك من فائدتها العملية، وقصص من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية -لا متوهمة أو فرضية- فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في تطاحن آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندستاغ، وهو السلطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء -وقد صاروا أطرافاً في الخصومة الدستورية- أن يطرحوا من خلال مذكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يساندونها بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تتحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطلبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محرراً للطعن في دستورية القانون؛ وإنما تنحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصى كل واقعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

#### ثانياً: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية حتى يصير النزول عن هذا الطعن غير جائز إلا بإنهائها. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدثاً باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

والرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كإيطاليا. وبغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكس القضايا وتراحمها أمام قضاء الشرعية للدستورية،

(١) Donald P. Kammerers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany 1997. p. 13-14.

وإغراقهم بالتالى فى فيض من القوانين التى يكتفون بالفصل فى دستوريتهما، وفى أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها، أو تحريكها النزوة الشخصية؛ إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضاتها، يفحصون ما يكون من هذه الطعون جدياً، شأنهم فى ذلك شأن دوائر فحص الطعون فى الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التى تقوم بتصفية الدفوع بعدم الدستورية التى تنثار أمامها، فصلاً فى جديتها من وجهة نظر أولية.

### ثالثاً: نماذج الرقابة المجردة أو قولانها

٣٤٢- وتظل الدعوى الأصلية بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقتراباً من حقيقة المهام التى يتولاها قضاء الشرعية الدستورية. ذلك أن الدستور ما ألهمهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التى تتناقض أحكامه. وهى بذلك ضمان مطلق للشرعية الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولاً: أن القوانين التى تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان فى الحياة القانونية. وذلك على نقيض الرقابة بطريق الدفع التى يقتصر أثرها -أصلاً- فى بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض للدستور فى مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى فى الخصومة الدستورية As applied to the respective party.

ثانياً: أن الرقابة المجردة تعلق بالقيم التى احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قانون يخالفها. وهى قيم لا يجوز تعليق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويتين<sup>(١)</sup>. وهى مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التى ألحقها القانون المطعون فيه بالمدعى فى الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه الخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية هى التى ترتبط عقلاً بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم فى الدعوى الدستورية فى الحكم فى الدعوى الموضوعية.

ثالثاً: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تفصل في غير خصومة قضائية يتنباى المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطناً للدفاع عن مصلحة نظرية عميقة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هي أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاء الشريعة الدستورية الذين تنظر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غريباء يقتحمون محرابها لانقاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تنفعها إلا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة في ضمان سيادة الدستور، وهي مصلحة حقيقية وموضوعية.

هي مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائي لخضوع الدولة للقانون بمسما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهي مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاء الشريعة الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التي تثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم يوجهونها، وفق قواعد محايدة في مضمونها، ولأغراض يظلها الدستور بالحماية، وبمعايير لا تخالطها النزعة الشخصية للخصوم في الدعوى الدستورية.

#### رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجرّ الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهي تؤيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التي تعلق اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو على تقدير هذه المحكمة أو الهيئة، جديّة تقع بعدم دستورية نص قانوني يرتبط الفصل في دستوريته، بالنزاع المعروض عليها<sup>(١)</sup>. فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

(١) دستورية عليا القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٧ صفحة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٦ دستورية - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٥ - من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٩ دستورية - جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٣ - من الجزء الثامن.



يرفع الدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانوني، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه في ذلك تتحل إلى طعن مباشر على هذا النص ليأخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه<sup>(١)</sup>.

---

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ٩٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ في القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

## الفصل الثاني والعشرون للرقابة القضائية على الدستور في مصر

### أولاً: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقاً ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقاً لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها. وتفصيلها كالآتي:

أولاً: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقاً لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل في المسائل الدستورية المحالة إليها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحلية.

ثانياً: أن تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، جدية دفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه. ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى للدستورية بناء على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لأختصاص مخول لها وفقاً لقانونها، إذا كان الفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر في نتيجته. وذلك عملاً بنص المادة ٢٧ من قانونها.

### ثانياً: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل في المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التي يباشرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة الدستورية التي تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكون

هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصوص بغير تعارضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

### ثالثاً: حدود هذه الرقابة

٣٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالفها القانون، كالفصل فيمن يعتبر قانوناً منتمياً بالحق فسي الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها؛ وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استحل أو ما إذا كان سوء معاشرة الرجل لزوجته، لا يلقى بمثلها.

وتقتصر المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها المسائل الدستورية موضوعها<sup>(١)</sup>.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحم نفسها في توفير شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تخلفها<sup>(٢)</sup> ذلك أن قانونها ناط بها وحدها لتحقيق من توافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و ٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا. وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي يلغى تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط للتداعي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جوهرية قدرها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهوين منها. وليس من شأن توافر شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رفعها موقفاً مسرّبان النصوص

(١) "دستورية عليا" -التقضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منزعة تنفيذ" - جلسة أول يناير ١٩٩٤ - المساعدة رقم ٢ - من ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -التقضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - المساعدة رقم ٢٤ - من ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها، ذلك أن وقفها يفيد بالضرورة إرجاء العمل بها. حال أن الأصل في هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها الدستور- هو افتراض صحتها، ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردها المحكمة للدستورية العليا من قوة نفاذها. بما مؤداه أن النصوص للقانونية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً، ولا العمل بها موقوفاً<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: الدعيان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينها

٣٤٧- وتقتضى الطريقتان الأولى والثانية من طرائق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، أن قراراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن النصوص القانونية التي تحكم النزاع المطروح عليها، تحيطها شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه. ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين. ويصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية بطرح عليها، ما لم تقرر هي بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويصدر القرار في الصورتين المتقدمتين بناء على شبهة تشي بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها. وهي شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، فسي حقيقة النصوص المطعون عليها فضلاً في صحتها أو مخالفتها للدستور.

وإنما تقوم هذه الشبهة إذا بان من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور. ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -في هاتين الصورتين- لا تستهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتي إليها على قدميها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي، إلا أن الخصومة الدستورية تستقل في شرائط قبولها، وفي موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فلا تتدخلان أو تمتزجان، وإن كان الحكم الصادر في المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هي الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويتين. وفيما وراء هذه الصلة، تظل لكل من هاتين الدعويتين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تنزع

(١) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي في النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في شأن النص القانوني الواجب تطبيقه في هذا النزاع وهو ما يفيد لزوماً تطبيق الفصل في أولاهما على ثانيتهما<sup>(١)</sup>.

٣٤٩- على أن امتناع الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل في المسائل الدستورية. ويعتبر هذه الوجه منتفياً في الأحوال الآتية:

\* زوال المصلحة في الخصومة الدستورية بعد رفعها أو تخطفها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها. وإنما كذلك عند الفصل فيها.

"أن تكون الدعيان الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معاً إلى مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتهما، وإذ تكونان عندئذ متحنتين محلاً لاتجاه أو لإهما إلى مسألة وحيدة ينحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حدثتها. وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. ولتحاد هاتين الدعيين في حلبيهما، مؤداه أن محكمة الموضوع أن يكون لديها ما تجيل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي أن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة موضوع" يمكن إزلال القضاء للصادر في المسألة الدستورية عليها<sup>(٢)</sup>.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٤/٣/٥ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء الخامس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٢/١/٢ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

• أن تحيل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقرر بنفسها جدية دفع بعدم الدستورية لأثر أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عنها قد تناولها قضاء سابق قطعي من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ، إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد لا يدخل فقط في اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

• أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعد الدستورية كان قد أبداه أثناء نظرها وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردها أن التخلي عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع المثار أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية التي تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن اتصال الدعوى الموضوعية بالمحكمة الدستورية العليا وفقا لقانونها، يجعل هذه الدعوى في قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعى في الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيرا ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلا عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشخصية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة. وهو ما يناقض حقيقتها علي تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها علي النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكلما وجه المدعي خصومته الدستورية مبتغيا بها الفصل في مسائل من طبيعة دستورية فإن نوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهيا. وهو ما تؤكد الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويتين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعي في الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغي أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها في أن يقرر بقاءها أو زوالها.

### خامساً: الآثار المترتبة على دخول المسائل الدستورية

#### فى حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تدخل المسائل الدستورية فى حوزة المحكمة الدستورية العليا -وعلاً بنص المادة

٢٩ من قانونها- عن أحد طريقين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تخويل لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى السلطة التى تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التى تقدر مخالفتها للدستور. وعليها علنئذ أن توقف السير فى النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا بخير رسوم قضائية<sup>(١)</sup>. وهى تحيل إليها هذه الأوراق سواء لفت خصم فى هذا النزاع نظرها إلى المخالفة الدستورية، أم كانت هى التى تبينتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانونى -وبعد تقديرها لجدية هذا الدفع- بأن يقيم خلال أجل تحدده دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها فى هذه الحالة -وعلاً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تؤجل للنزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك فى الحدود التى قدرت فيها للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى جدية الدفع الذى كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعى فى الحالة المنصوص عليها فى البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه فى الحالة المنصوص عليها فى البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعى أو وقفه يتحدان معاً فى نتيجة بذاتها، هى أن يكون الفصل فى النزاع الموضوعى معقلاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ ومتخلياً بالضرورة إلى حين صدوره.

(١) علة إعفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هى التى أحالت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل في النزاع الموضوعي قبل الفصل في الخصومة الدستورية، هدم للصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على هذا النزاع.

وإذا كان الفصل في الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تترص تحديد المحكمة الدستورية العليا للقاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبقها على هذا النزاع. وهى قاعدة تستخلصها المحكمة الدستورية العليا من خلال فصلها في الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي سابقا عليها. إذ ليس للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي قدرت ابتداءً مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أن تطبقها اختتاماً على النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدواناً على المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة أيا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

#### سادساً: الآثار المترتبة على الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مودى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية، مؤثراً في النزاع المرتبط بها والمعرض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي؛ وتعين بالتالي أن يظل هذا النزاع قائماً عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه. وينبغي أن يلاحظ أن الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى للدستورية، مؤداه:

أولاً: أن تتحدر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التي لا ترتجى منها فائدة عملية.

ثانياً: تعطيل سيادة الدستور التي يتمثل مظهرها في مجال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، في إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع قائم. وتلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة الدستورية العليا التي خولها الدستور والمشرع اختصاص تجريد النصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها.



ثالثاً: أن الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية؛ وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع القائم أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تمثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قبل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص القانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريداً للحق في التنازع من الفائدة العملية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويعطل ولاية السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

سابعاً: الحق المقرر للمحاكم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي -إعصافاً منها للبنيين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقدر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا رأت على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور؛ أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستوريته بأن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظهر مخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقدر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفع التي تستهونها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تطبيق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفع الشككية ولا بالدفع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة النقض.

(١) ص ٢١٨ و ٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل في مسائل القانون وحدها؛ إلا أن تعييدها حكم لقانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تنفيذها بالدستور، وهو القانون الأعلى أو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن المسائل الدستورية جميعها تستتض نطاق التطبيق أو التعارض بين نصوص القانون التي تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهي تقدر حدود هذا للتطبيق أو التعارض من منظور للدلالة الظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، شأنها في ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالتالي واقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هي بقانون يختلط بواقع لم تحققه محكمة الموضوع ونقول كلمتها فيه. وإنما تؤثر هذه المسائل حكم الدستور في شأنها، وهي بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التي تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها<sup>(١)</sup>.

#### ثامنا: للشرطان اللذان لعرض المسائل الدستورية

##### على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٣- وإن تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جنية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها، أو تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا النصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، فإن عليها في الحالتين أن تتكيد بأمرين:

أولها: أن تكون النصوص القانونية المقول بمخالفتها للدستور، مؤثرة فسى حل النزاع المعروض عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة في نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية يتعلق بها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ -قاعدة رقم ١٨- ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٢/٧ -قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ -قاعدة رقم ٢١ -ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثانيهما: أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئي لقيام هذا العوار بها *Prima facie* ولا يعتبر بالتالي حكما قطعيا نهائيا أو باتا بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها:

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولي لعوار اتصال بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، هو مما يدخل في إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، وكان من المسلم كذلك أن مضيا في نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن في دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للمطاعن الموجهة إلى هذه النصوص<sup>(١)</sup>؛ إلا أن من المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا بأحد الطريقتين المنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، واستتاع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى في القرار الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو في الترخيص برفعها إليها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتي:

"إن ولايتها في الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة - ويتقويض من الدستور - طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يعكس الحكم - حال صدوره - صورا نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تطبيقا للمنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة الموضوعية بتمامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تنص - كأصل عام - إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحكم

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوبا النظر في دستورية هذا النص؛ ولو كان قد أغنى أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متسببة في اختصاص نيط بها، ولرأفت شبهة إنكار العجالة على تسليبها هذا<sup>(١)</sup>.

#### تاسعا: خصائص الدفع بعدم دستورية

##### النصوص القانونية<sup>(٢)</sup>

٣٥٤- تتصل الدفع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في نزاع من طبيعة قضائية، وتتقيا إطار النصوص القانونية التي يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور في هذا النزاع وتطبيقها على ما سواها. وتتم هذه الدفع بالخصائص الآتية بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة الدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بما في ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين ٢٤ و ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تخولها أولاهما: الفصل في شئون أعضائها -الحاليين والسابقين- سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافأتهن التي يستحقونها هم أو ورثتهن وكذلك الفصل في طلباتهن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهن وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهن هذه، وتنضى ثانيتهما: بمریان هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يخول أعضائها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع في دستورية النصوص

(١) للقضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ مايو ٢٠٠١- قاعدة رقم ١٠٨ -ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٦- ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٨- ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التي تحكم موضوع طلبه، وسواء كان هذا الطلب قائماً على إلغاء قرار صادر في شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معاً، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التي يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر في هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانياً: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلاً بقضاء قطعي في المسألة الدستورية التي تنطق الدفع بها. ويعتبر قرار ضمها بقول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للفصل في النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من أثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه الدستورية، وكذلك تطبيق حكمها على الفصل في المسائل الدستورية التي تفصل الدفع بها.

ثالثاً: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي أثير الدفع أمامها، بتقدير جدته، ومناطها ما تكل عليه النصوص للقانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أعاقها. أو بتعبير آخر علي ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها الداخلية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مهلة الخصم الذي طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم التالي لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية. فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إيقاف المدة التي حددتها إلى ما لا يزيد على الأشهر الثلاثة التي تعتبر حداً نهائياً لرفع الخصومة الدستورية.

(١) انظر في ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١١/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣ - ص ١١٥٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يثير من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التي أثير الدفع أمامها ابتداءً، إذا كان النزاع لازال مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التي تطوها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط التي لا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريئتها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وآية ذلك أن مواعيد السقوط هي التي يحدد المشرع بدايتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجرية لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض للمدة التي حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا ما حدد للقاضي للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين ميعاد حدهم للقاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، ليختار أطولهما. وإما عليه أن يتقيد بالمهلة التي حددها للقاضي لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تمنح الخصم المذكى أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٥- ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/٤/٥ -قاعدة رقم ٥٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. وبلا حظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدعوى الدستورية لا تسرى في حقّه إلا إذا كان علمه بها يقينياً.

[انظر في ذلك القضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٩٠- ص ١٢٣١ من الجزء الثامن].

فإذا صدر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الميعاد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر<sup>(١)</sup>.

ثامناً: يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفي الحدود التي تقدر فيها جدية. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالي فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المدفوع بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية العليا في حالتين:

أولاهما: أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها عقلاً بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضام هذه النصوص إلى بعضها غير تعبير عن تكاملها، وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل في النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عملية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التي تعطى للنصوص المطعون عليها معانها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها، فإذا طعن خصم في نصوص التجريم، تبين أن يتحدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص، وإنما بربطها بالعقوبة التي فرضها المشرع على مخالفتها.

ثانيتهما: إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريح النصوص المدفوع بعدم دستوريته، أنها لن تبلغ غايتها بخير ضم نصوص أخرى إليها<sup>(٢)</sup>.

تاسعاً: أن الدفع بعدم الدستورية كان يعتبر في قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبيل الدفع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت في الطعن المقيم بجريئها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

(١) لل قضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٤- ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية دستورية؛ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١٥- ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) للقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٦- ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الآثار المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خلص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: ومؤداه أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة للنقض.

ويقتضي ثانيهما: إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة للنقض.

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأسيساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويتميز بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون -من اليوم لتتالي لنشر هذا الحكم- على الطعون المنظور أمام محكمة للنقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بحسبان أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة للنقض من تلقاء نفسها.

#### عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥- قد لا يبصر الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تعين عليها -وعملاً بالبلد أ من للمادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي ارتكبتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعاً باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى تقول كلمتها فيها، ومتضمناً بيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلاً عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.



ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مكلفة بالخضوع للقانون، شأنها في ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. ويقتضي هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تناقض الدستور شكلاً أو مضموناً.

فيذا بان لها من وجهة مبدئية أو أولية أن عيباً اعترافاً بما يبطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها أو لمجاوزتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تترى قضاءها فيها، فلا تفصل في النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره<sup>(١)</sup>

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص القانونية التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التي ترتبط عقلاً بها وتتضام معها في تحديد الإطار المنطقي للخصومة الدستورية. فضلاً عن النصوص التي يدل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرادتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم تشر إليها صراحة.

#### حادي عشر: رخصة للتصدي المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان السابقتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والمنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تعلق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة التصدي للمنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل في اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع أو التي تؤثر في نتيجة، قد داخلتها في تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقديم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٢ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان تأكيد مبدأ الخضوع للقانون الدستوري في نزاع - حتى لا تطبق أية محكمة في نزاع معروض عليها، غير النصوص القانونية التي تتصل به وتؤثر في نتيجته، ويشترط اتفاقها مع الدستور. ومن ثم تتكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها - وإياها كان موقعها - لنصوص الدستور على ما عداها.

٣٥٩- على أن لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، والتي لا شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن الرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد إعمالها بالشروط الآتية بيانها:

أولاً: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلاً على المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>. وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها. وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التي تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل في اختصاصها، قد تكون خصومة تتنازع على الاختصاص، أو خصومة مناطها التناقض بين حكمين قضائيين نهائيين. وتدخل هذه الصور جميعها في مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا في حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، خصومة قضائية في تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلي المعروض عليها صلة بنص قانوني عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفاً للدستور.

(١) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث تقرر المحكمة بأن إعمالها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، ملوَّب بأن يكون للنص الذي يرد عليه التصدي، متصلاً بنزاع معروض عليها. فإذا انتهى قيام النزاع أسماها، لم يعد لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق للصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل في دستوريته مؤثراً في محصلتها النهائية<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن تحبل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقض في تقديرها المبدئي للدستور، كي تعد هذه الهيئة تقريراً فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعد إيداع هذا التقرير لديها، في صحة أو بطلان ذلك النص.

٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

\* أن الخصومة المرفوعة أصلاً إلى المحكمة الدستورية العليا، هي الخصومة الأصلية التي يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ابتداءً.

\* وإلى جواز هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية مطها نص قانوني يتصل الفصل في دستوريته بالخصومة الأصلية أياً كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثراً.

ويبدو بالتالي محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية<sup>(١)</sup> ذلك أن النص الذي كان مطعوناً عليه في هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذي حظر على أعضائه الطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو نديهم. وقد تبين للمحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالمسبة إلى رجال القضاء العاملين في المحاكم، فتصنت لهذا النص حتى تفصل في دستوريته هو ونص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، وفاتها أن للتصديق لدستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية أن يؤثر على الإطلاق في النزاع المرفوع إليها أصلاً في شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابههما لا يخولها الفصل في دستورية نص المادة ٤٨

(٢) الحكم السابق ص ٨٣٤.

(١) صدر هذا الحكم بجلسته ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر في ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون المصلحة القضائية لانعدام صلته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالي على نتيجة الفصل في هذا النزاع.

\* أن الصلة بين هاتين الخصومتين لآزمها أن تغد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها ونزول بزوالها، ويتعين بالتالي أن تتوافر في الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى الفصل في الخصومة الفرعية وبشروط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانوني في شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### الفصل الثالث والعشرون

#### الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية

#### للمبحث الأول

#### فرائض الديمقراطية

٣٦١- تفترض نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لمساعدة تلوها لا تصنعها ولا يجوز أن تخل بها، وإنما تحيط بها وتقيده كافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هي تشخيص للجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين والمحكومين الذين يتعاونون معها في إدارة وتسيير مرفقها.

ذلك أن قاعدة القانون التي تلوها وتقيدها، هي التي تحدد كذلك واجباتها، وكافة مظاهر التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية *La doctrine individualiste* يقول بوجود حقوق طبيعية لا تتقدم، ولا يجوز النزول عنها، وإنما سابقة في وجودها على الدولة ونقيدها حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعي *La conception solidariste* يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى للفائز في الضمان، هي التي تقيده الكافة؛ فإن وجود هذه القاعدة -أيا كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا حاجة بعد ذلك فيما يقره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel, Ihering من أن القانون من خلق الدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدها إلا في الحدود التي تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تفضي لغير مفاهيم السلطة المطلقة في الداخل *L'absolutisme à l'interieur* وللحق في الغزو والفتح في الخارج *La politique de conquête à l'exterieur* وجميعها مفاهيم تتناقض حقيقة أن القانون بغير القوة، عجز مطلق؛ وأن القوة بغير قانون هي

التحكم، وأن القوة التي لا يوجهها القانون ويقيدها هي للقوى<sup>(١)</sup>. وليس انتحال الدولة بالتسليح سلطة لا تملكها قانوناً، غير تفويض لهذه السلطة ذاتها بجيز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قيل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التي تطوهارها يقترب جزاء، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم النرد بالسلطة وبالقوة التي تقارنها، يتعين أن يوازنها التكوين الداخلي للسلطة السياسية التي تواجه تحكم الدولة L'omnipotence de l'Etat من خلال نظم برلمانية غابقتها ضمان حقوق الأفراد وحياتهم في إطار مبدأ الشرعية Le Principe de légalité. ومؤداه أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحرفها ليس فقط عن نغوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التي يفترض أن تمتثلها.

ولم يعد جائزاً أن تدير الدولة لوجه نشاطها، ولا أن تشرع لتنظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو تراخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والدمائير الجادة تقيدها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التي كفل الدستور استقلالها وجديتها لتفصل بضوابطها الموضوعية في كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفاً فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستهض نصوص هذه الوثائق وتلك الدساتير، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهي غير مدونة بطبيعتها وعريضة في اتساعها. وجميعها من عناصر مبدأ ذي قيمة مطلقة في مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية<sup>(٢)</sup>؛

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها في أشكالها وابعادها، وإن كانت الخطوط التسي تجمعها، والركائز الجوهرية التي تقوم عليها، واحدة في مفاهيمها إلى حد القول بأن غيابها فسي نظم بعينها مؤداه انفكاك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخلفها في جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التي تربط النظم الديمقراطية ببعض، هي التي نتناولها في الأفرع الآتية ببيانها.

(١) قرر Seydel - هو أحد الفقهاء الألمان - أنه فيما بين الدول، ليس ثمة قانون. ذلك أن القوة هي التي تحكمها وليس ثمة قيمة لغیر القوة.

[مشار إليه في الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للمعيد دوجي (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(٢) انظر في ذلك:

### المبحث الثاني

#### La pluralisme التعددية

٣٦٢- لا ديموقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تتناقض الاحتكار والافتراء والتسلط والتجبر والائزواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن متحكم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحد بنفسها حقوق الأفراد وحرياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يتخطى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقبض بيدها على أرزاق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر للقانون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة وتقوض ببنان القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستثير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الائزواء بعيداً عنها. ذلك أن التعددية تمثل من الديموقراطية نواتها ونبض قلبها، ومن حقوق المواطنين وحررياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقييدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خائفة تحيط بها. وهي جوهر الديموقراطية أو أساسها le fondement de la démocratie وليس مجرد شرط لتطبيقها<sup>(١)</sup> Une des conditions de la démocratie.

### المطلب الأول

#### للتعددية مدخل للديموقراطية وضرورة للتقدم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور الديموقراطية بغير تعددية تتداح دلائرها لتعرض نفسها على النظم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقاً للمستور فيما وراءها.

(١) قضى المجلس الدستوري بقراره الصادر في ١١/١/١٩٩٠ [C.C.8,271 D.C.,11 janv.1990-R.P.21]

بأن تنوع الأفكار والآراء أساس الديموقراطية. وكان قد قضى بقراره الصادر في ١٨/٩/١٩٨٦ بأن التعددية أحد شروط الديموقراطية.

ولا يجوز بالتالي النظر في التعددية باعتبارها مطلباً مرغوباً فيه فقط، وإنما هي ضرورة مطلقة، وحتمية لا مخلص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صح القول بأنها وعاء لكل الآراء، ولكافة القيم في توافقها وتناحرها، في تخالفها وتقابلها. وهي كذلك مدخل لحق الإنسان في أن يعلم، وأن يستقل بإرادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل معلومة يريدها، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها في كافة مواقعها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر آفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التي تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يقيد المشرع من تدقيقها سواء بتقليص أدواتها أو طرائق نقلها أو وسائل تداولها<sup>(١)</sup>.

٣٦٤- ولا يجوز بالتالي في إطار التعددية، أن تكون الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبر عن ذواتهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرّفونها، وإنما يصدون عنها، بما يناهض حرية التعبير التي تفترض تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، وتتوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تقييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقيض لحرية التعبير. وهي من صور التعددية التي تتأبى على التخصيص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طولاً وعمقاً. وهي بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دافرتها الأعرض تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير الخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمرح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على تبليغها - كما كان أدبياً أو فنياً أو صناعياً أو بحثياً - بما يكفل ائناس آفاق العلوم والفنون في طرائقها وقنواتها وألوانها وأهدافها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة التكوين الاجتماعي، فلكل جماعة أقلّياتها وثقافتها ومصادر تراثها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التي تتفرد بها، والحق في التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

(١) يقول المحسن الدستوري الفرنسي بقرره الصادر في ١٠/٢/١٩٨٨، بأن تعدد الآراء والأفكار فريضة دستورية تفصيها التعددية، وأن تنوع الآراء والأفكار هو أساس الديمقراطية.



والمواطنون في الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤدها تباين ثقافتهم وتنوع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقتهم إلى التعبير عن ذلك كله في إطار من الحقوق التي كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك فريضة دستورية Une exigence constitutionnelle تتلخص انصهار الحياة السياسية في تنظيم حزبي وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك أن التعددية الحزبية Multipartisme هي قاعدة النظم السياسية ومحورها. فلا ينطلق محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقوم أعوجاجها، ولتحل محلها في إطار النظم الديمقراطية التي تفرض تبادل للسلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء قننها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالي تعليق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها في العمل، ولا تحديد برامجها الأقدم على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من التنافس فيما بين بعضها البعض وصولاً إلى الحكم. وبدون ذلك تكون الحياة السياسية هادمة خطورتها، فقيرة ملامحها بما يحلها قوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتنوع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

شأن الحرية السياسية في ذلك شأن حرية الاجتماع التي تكفل بذاتها حق من حضوره فحسب تحديد المسائل التي يناقشونها، وتقرير طول بروتها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم أوجه خطتها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تترصد لهم لآراء أبدها، ولا أن تسائلهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسموا فيه بنشاطهم.

(١) وحتى المعونة المالية التي قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية القائمة، وإن كان الدستور لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون محظوراً، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تربط هذه الأحزاب بالدولة، أو لإجهاض التعبير الديمقراطي عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271. D.C., 11 Janv. 1990, R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التي تنفرد عنها وتستظل بها، كالنظم النقابية في مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعها من اختيار أدواتها ووسائلها في العمل، أو حد من سلطة التقرير التي تملكها في كل شأن يتعلق بها. فضلا عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع وحتى تلك التي تتوافق في الخطوط الرئيسية لأهدافها - يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دائرتها.

### المطلب الثاني

#### التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع في مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تقسم برتايتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص احتكار وسائل الإعلام، وتقييد حقوق من يملكونها أو يدينونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التي تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقلها، ولا التمييز بين المواطنين في مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هي الأقلاق المفتوحة نوافذها لها؛ تسعها في كل دورها، وبغض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القبول بها. وبراء بعضها في معلوماتها، أو عمق الفائدة التي تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها؛ وآراء عقيمة على ضوء تخلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وبتراضيتها على التوفيق بين عناصر التناظر، وبنزولها على الحقائق.

وهي بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التي لا يجوز أن يقلص المشرع من دائرتها المرشحين الذين يتراحمون فيها؛ ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تخل بحق الأولين في تكافؤ الفرص التي يعرضون من خلالها برامجهم ويتولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يقرّبهم من النخبين ويخيطهم بكافة الحقائق التي تتعلق بمناصبيهم؛ وبأوجه التوافق والتلازم معهم، وبأيهم أجدد بالدفاع عن مصالحهم، ولأني إلى نقتهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يعنيهم البصر بكافة الحقائق التي تتعلق بكيفية تسييره، وبنواحي القصور فيه، وبمصادر التمويل التي يطنها وتلك التي يخفيها، وبمصارفها الظاهرة والمستترة، وبقنواتها الموافقة والمخالفة للقانون، وببرامجها في العمل ومراحل تنفيذها، ونطاق سلطاتها وحقيقة أغراضها.

وفترض ذلك تمكينهم من النفاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع بقدر اتصالها بمراقبهم لحسن سيره. وتلك صورة من التعددية التي تيسر أفاقها كذلك على تنوع المعاهد التعليمية واختلافها في مناهجها وطرائقها في التعليم ووسائل عرضها، وفرادى مستوياتها، وعمق بحثها بما يوفر فرص المواطنين في المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقراراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لولهم أو أصلهم<sup>(١)</sup>.

٣٦٦- والتمييز بين المواطنين المتمثلين في المراكز القانونية سواء من خلال الاستبعاد أو التفريق أو التفضيل أو التقييد، يناقض تساويهم أمام القانون، ويقوض حيوية الجماعة التي ينضمون إليها. فلا يتضامنون معها، بل ينقلبون عليها وينزلون عنها، ولا يتواصلون فيما بينهم على التعاون.

وإن يكون العمل العام بالتالي محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عن وعيهم بمصالح أمتهم، بل ترجعاً فردياً تتعثر خطاه، بما يناهض التعددية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين في إدارة المرافق العامة الحيوية لحسابهم، هي التي تقتضي من الدولة -على الأقل- أن تكون شريكاً فيها حتى لا يستغل القطاع الخاص بها ويوجهها منفرداً بشئونها.

(١) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984, R. P. 73.

### المطلب الثالث

#### تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاء الشرعية الدستورية على ضمان التعددية في صورها المختلفة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها، وعلى الأخص ما ارتبط منها بالاختيار الحر في مجال حق الاقتراع والمفاضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بين العقائد؛ وتحديد ما يمتن من الأعمال، وما نسلكه من طرائق الحياة، وما نقيمه من أشكال النظم الديمقراطية وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يقتضيه النفع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، ومقاومة كافة الضغوط التي تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الحلول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحياة صوتاً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسحق كيأن أكبر غيره. وإنما تتعاقب النظم جميعها من خلال المفاهيم الديمقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بمدى ينال تركيزها في يد واحدة وكأنها ورثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها، ولا توجهها مفرداً ولقياً وراء جدران مغلقة.

بل حواراً متصلاً ومتداخلاً لا يعبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنما هو كذلك قاعدة تكوينها<sup>(١)</sup>.

(١) راجع في ذلك قرارات المجلس الدستوري الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31-Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986. R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989. R.p. 18.

### المبحث الثالث

#### ضرورة النزول على القيم التي تطوّر الدستور

١٦٨٨-٣- لم يكن التعبير القائم اليوم من أن للإنسان حقاً لا يجوز التفريط فيها، تعبيراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسكيو وجان جاك روسو -هم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل تأكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك أبان الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨<sup>(١)</sup> من أن للفرد -ويوصفه كائناتاً من البشر- حقاً لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكيمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها. ولكنهم لم يتخلوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها والثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانتقدوا بكل قوة فرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبطلوا ذلك كله بالقيم التي تخص للناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز النزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ ووثيقة الحقوق التي أقرتها، ماثلة أمامها ليس فقط حقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتثبيتها.

(١) تسمى الثورة المجيدة The glorious revolution.

وتبعمهم فى ذلك توماس جيفرسون فى أمريكا الشمالية الذى صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وبعبارة بليغة<sup>(١)</sup>. متأثراً فى ذلك بجون لوك ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن الحقوق التى تضمنتها، واضحة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً. وأن خالقهم منحهم حقوقاً لا يجوز للنزول عنها، ويندرج تحتها الحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى تحقيق سعادتهم.

وحذا المركز De Lafayette فى فرنسا حذى الثورتين الإنجليزية والأمريكية فيما قررتاه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين فى الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقياً بالتالى أن ترد الحقوق التى كفلتها هاتين الثورتين، أصداءها فى إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تقادم ولا يجوز النزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق فى الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القبض والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق فى الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذاتها هى التى رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة فى عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكى الصادر فى ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان -ربغض النظر عن الاسم المعطى لها- كان لها فى نهاية القرن الثامن عشر -عصر التنوير The Age of enlightenment- ولأول للقرن التاسع عشر، دور هام فى الفضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نجم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية فى ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

(١) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستعمرة أمريكية وذلك فى ٤ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عمق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعية للناس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالإبدية، وبعدم جواز تغييرها أو تعديلها، أو العدول عنها، أو التفريط فيها.

وهي مفاهيم تتناقض أن كل الحقوق -ويوجه علم- تقول قدرأ من التقييد، مما عرض الحقوق التي طلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتى من بعض الفلاسفة ومن بينهم كل من Edmund Burke و David Hume و Jeremy Bentham في إنجلترا. فقد كان تخوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن تؤكد الجماهير لها مؤد إلى الفوضى؛ وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التي يضعها البرلمان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور التباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردها إلى القوانين القائمة. وهي قوانين، واقعية لا تخيلية، كذلك التي تقوم على مفاهيم للقانون الطبيعي التي لا تعدو الحقوق التي أنتجتها، أن تكون حقوقاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهاء مثل Kari Von Savigny من ألمانيا، وسير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هي نتاج بيئتها المتغيرة ظروفها؛ وأنها تتحدد بالتالي على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التي يمكن القبول بها، هي التي يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم يعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى النفاذ عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعية، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها في شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعها وتعدد صورها -التي يندرج تحتها إلغاء الرق، وبقرار الحق في التعليم العام، وتكوين النظم النقابية- لخبر دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد لقول أصل اشتقاقها من القانون الطبيعي. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية وسقوطها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان في النظامين للدول، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لا زال مختلفاً عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونية أم كحقوق مصدرها عقد اجتماعي، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلوكه فسي أعرافهم، أم كحقوق مردها إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق بلهمها معنى الناس إلى السعادة وطلبهم لها.

ولا زال الجدل دائراً كذلك حول جواز نقض هذه الحقوق أو امتناع الرجوع فيها، وما إذا كان ضمان اتساعها يقتضى إطلاقها، أم أن تقييدها في عددها ومضمونها أصل بحكمها.

ولما كان الأمر، فإن الوظيفة الحالية لحقوق الإنسان، لم تعد تتمثل في كونها مجرد ضمان لشرعية نظم الحكم في دولة ما، وإنما كذلك في تبنيها للمعايير الدولية لهذه الحقوق وتطويرها.

كذلك ليس ثمة انفصال تام بين المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان، وللنظرية التقليدية لـها كحقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، وإنما تتواصل هذه المفاهيم وتلك النظرية، وذلك من زاوية متعددة أهمها:

أولاً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية غايتها ضمان قائمة الحقوق التي يطلبها الناس جميعهم ويرغبون في تحقيقها بصورة شاملة. وهذه المفاهيم ذاتها هي التي ورثها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين صاغ أطول قائمة لهذه الحقوق تتمثل في ثلاثين حقاً.

ثانياً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية تربط بين هذه الحقوق والناس في مجموعهم بوصفهم بشراً يمكنون إرادة الاختيار وينتفون في الحقوق التي يتمتعون بها. وهذه الصلة بين الحقوق الطبيعية والإنسان، هي التي تغير بها وصفها من حقوق طبيعية. إلى حقوق إنسانية.

ثالثاً: أن من أبرز خصائص الحقوق الطبيعية هو تأكيدها من الاقتناع العام بأن هذه الحقوق لا يملكها غير الأشخاص الذين يحوزون إرادة الاختيار التي تؤكد استقلالهم بذاتيتهم وذاتيتهم هذه. هي منطقة الحماية في المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان بما يحول دون تدخل السلطة فيها بوسائل القهر التي تملكها.

فإنراج حقوق الإنسان في صلبها للحق في الحياة مثلاً، لم يكن بقصد ضمان رعايته صحياناً ولا بقصد تطوير الأوضاع التي يعيشها بما يجعل بيلتها أكثر أمناً، وإنما تقرر ضمان الحق في الحياة، بقاعدة قانونية غايتها ردع أشكال القوة والتحكم الموجهة إلى الفرد. ولم يكن ضمان الحرية يجعل كذلك إلى سياسة يتعين انتهاجها بقصد توفير فرص التطعيم الأفضل والأعمق، وإنما صار هذا الضمان كافلاً لحماية الأفراد في مواجهة القبح والاحتجاز غير المبرر.



ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق ملبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم ويطمنون فى نطاقها إلى حرمانهم، ويكفلون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكفلوا من خلالها -وبصورة إيجابية- الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعاً: أن الحقوق الطبيعية -كما يدل على ذلك وصفها- مصدرها الطبيعة، ومنهاتها نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تنزع، ولا تنقيد بزمن أو مكان، على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تتلبد على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما؛ أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الشمولية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>

• • •

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية للحقوق الطبيعية. فإذا انتقلنا من التصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى التحول المعاصرة، تعين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تعتبر -فى الأصل- مرجعاً لهائياً للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم قيماً إنسانية يستحيل للتقريب فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض بنص فيه ما كان من هذه القيم جوهرى، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

(١) Henry j. Steiner and Philip Atson, International Human Rights in Context, 1996, p.p. 167- 172.

### المبحث الرابع

#### الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تعلوان الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولدتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستبدون أو يتمايزون فيما بينهم بناء على أعراقهم أو لغاتهم أو مكانتهم الاجتماعية أو لغيت ذلك من العوامل التي لا صلة لها بأهميتهم. والتي تذل بحقهم في العدل والحرية وفي التضامن والسلام الاجتماعي.

فلم يكن الناس في بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يحملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراخهم مع الطبيعة وكواصرها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القنص أسلوباً للحياة. ولم يكن ثمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة الفطرية التي وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التي يعيشونها، وإنما كان البقاء لأقاربهم وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط في تكوين مدنى يضمهم، حتى ظهر تفاوتهم في ثرواتهم، وفي عناصر القوة التي يملكونها، وفي الأفكار التي يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التي يدعونها، ونطاق الحقوق التي يطالبونها، والأمال التي يرجونها والوسائل التي يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، ولزاد آخرون على أعقابهم يحلون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر التمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يولدون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفترون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تقبلها الناس في غالبيتهم، والذين يظاهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يميلون إليها.

وكان ذلك مغللاً إلى صور من التمييز بين البشر تتألف أصل تساويهم في آدميتهم وحريةهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قانوناً في الحقوق<sup>(١)</sup>؛ وبين القادرين والمساكين؛ وبين الدماء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص في مجال حق الاقتراع، وفي نطاق أجر وفرص العمل.

والأذكىاء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأغنياء وتوطينا والمحتلين؛ وبين الذين يَحْكُمُونَ والذين يُحْكَمُونَ؛ وبين المعتدلين والمتطرفين.

ولم يكن إهدار مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقوقهم في حياة يؤمنها العدل ويسودها السلام الاجتماعى، وإنكار للحق في صون كرامتهم من صور العدوان عليها، وهى أصل لحقوقهم جميعها. فلا يؤاخذون بغير جريرة ارتكبوها، ولا يظلمون حقاً ثابتاً لهم؛ ولا تقيد حريتهم الشخصية دون مقتضى؛ ولا يحبون أو تمتن أمتيتهم؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون فى أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يفصحون عما يريدون إخفاءه؛ ولا يقهرون بغياء؛ ولا يحملون على ما يبغضون؛ ولا يساقون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يعاقبون عن أفعال كانوا غير مندرين بها؛ ولا تلحق إسمائيتهم من خلال عقوبة تتلقى قسوتها موازيين الاعتدال، أو تكون بطبيعتها مجافية لأمتيتهم بما يمسى إلى كرامتهم.

### المبحث الخامس

#### كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض في الدساتير جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيًا كان قدر الفوارق التي تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هي التي تتفرع عنها كذلك حريتهم في التعبير عن الآراء التي يرون صوابها؛ وفي إعلانها ومناقشتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله في تنظيم اجتماعي، بالحقوق الجوهرية التي لا يفصل وجوده عنها، كالحق في الحياة بغير قيود عليها تعطّلها في غير ضرورة؛ وفي أن نفترض براعته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أُدين عنها بحكم قضائي صار باتاً؛ وكالنظر إلى مسؤوليته عن الجريمة باعتبار أن مناطها أفعالاً أتاها؛ وأن العقوبة التي يفرضها المشرع لا يجوز أن تتعلق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حريته الشخصية هي إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول في العقود التي لم يمنحها المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأتماط التعليم التي يتلقاها؛ وفرص العمل التي يميل إليها؛ ولشكّل التضامن الاجتماعي التي يفضلها فيما وراء الدائرة التي يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التي يطلبها موجباتها وفرائضها؛ ولخواص الحياة التي اختارها حرمتها. فلا تقتحمها وسائل علمية ترقبها بآذانها وتحلبها نهبا لأعينها بما يحيط بدخائلها. وصار منطقياً أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية، وأصلاً يقيّد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التفرط فيها؛ وبما لا يخلو السلطة أيًا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التي فطر عليها منذ خلق، ينافي تقادمها. ولا يجيز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع ألاميتها التي لا يستقيم وجوده بغياها<sup>(١)</sup>.

(١) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكفلها الدولة وفق إمكاناتها كالحق في التأمين الاجتماعي، وفي الرعاية الصحية، وفي ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصائص بني البشر، ولا يُختبر بالتالي نافذة بذاتها، وليس لها من عناصرها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

### المبحث السادس

#### حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -ومن منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق في العمل، وبإرادة الحياة، وبضرورة أن تتوافر لكل إنسان الوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمان تقدمها.

ذلك أن الملكية -ويقدر تعدد مصادرها، وتعاضل روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة تراكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً في المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها؛ أو تقييد الحقوق التي تنفرع عنها في ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة في أن استئثار الناس بما يملكون، كان الفطرة التي جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقاضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها في معاشهم. وإلى جانبها أنواتهم في الصيد والقتال؛ وأكوالهم التي يغنون إليها ويقومونها بأيديهم، ومراعيهم التي يستقلون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التي يحتجزونها بالظلمة والقوة، والتي زرعوها استقلالاً بها. وحتى زوجاتهم في العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آباتهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبايا من غزواتهم، وكان حرصهم على النفاذ من أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستغلون في أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبدونها لهواً أو ترفاً، فإذا قتل منهم أحد في سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عبوديتهم، والأزواج من رقة تملكهم، والسبايا من أغلال أسرهم، ظل ثابتاً أن الملكية -وفيما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتسارها، ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التي تطلها.

### المبحث السابع

#### تقديم عام للقيم التي تطول الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ترتبط بها الإنسان وأمنيته، وجُبل بالفطرة على إعلائها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يسقطها، ولو من خلال التذرع بأن للدستور مرتبة تقدم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تفيد بالضرورة، تصدره النظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوءه بالتالي مكانة لا ترقى إليها أية قيم غير التي احتضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تواتر العمل في الدول الديمقراطية على تبنيها، كأغراض نهائية تلتزمها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تعليها السلطة المستعرة ببطشها وانحرافها؛ ولا أن تبلور من خلالها، نزواتها العنصرية، ومقاليبها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيمها الشخصية، ومراة نهورها واندفاعها، وأداة توحشها حتى في تمردها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طباعهم وإنسانياتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدساتير الوطنية وفق أهوائها، وأن تفرض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- وأيا كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيما الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حال أن الدول تتداخل مصالحها، وتجمعها أسرة دولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم-ومن خلال أعرافها واتفاقاتها الدولية- ركائز آمينتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كافلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترمي خصائص بشريتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحرمانهم، لتطو الدستور في مدارج حمايتها. فإذا نقضها، تعين ترجيح القيم التي تطو وتقليبها على أحكامها.

وفي ذلك نقول الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص منفرد في الدستور لا يجوز أن اعتباره منزلاً عن غيره ولا أن يفسر استقلالاً عن سواه. ذلك أن لكل دستور وحدة داخلية لازمها ترابط أحكامه فيما بينها.

وتتلور هذه الوحدة الداخلية بعض للمبادئ البعيدة في مداها Overreaching principles والتي تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفترة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لألمانيا -وهو دستورها- ترشح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التي كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون -لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية في بافاريا من أن وجود نص في الدستور وإدراجها ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقيمها على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التي تؤسس أحكامها. فإذا خالفها نص في الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجرده من كل أثر<sup>(١)</sup>.

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : " That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution , and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(١)Donald P. Kommas, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرناً مشوباً بالفموض، شأن هذا التعبير شأن، عبارة "روح الدستور" التي كثيراً ما يلجأ الفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها؛ أو إعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التي تصورها.

٣٧٢- وسواء تعلق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور فإن البعض يتوجس خيفة من هذين للتعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطناً لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير كفلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيها مرونتها واتساعها. ذلك أن المشرع كثيراً ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها<sup>(١)</sup>.

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حدها تلبوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تزيد على ضمان حقوق الفرد وحرياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تطو الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيّد من اتساعها؛ ولترد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاة للشرعية الدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليهم بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتفرض كلمتها على المفاهيم التي تنصر على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تطوها، غير تطوير لبنيانها.

فإذا بان لقضاة الشرعية الدستورية استعصاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تطوها، لم يعد أمامهم غير الاحتكام إلى الطبيعة الديمقراطية لنظام الحكم، وإلى مبدأ

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدني من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاملين في المتعاقدين الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. فهذا المعيار المرن يتسع لمختلف الظروف الواقعية، وتتحدد تطبيقاته على ضوء مقاييس كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.



الخضوع للقانون وفق الضوابط التي التزمها الدول الديمقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التي تتوافق عليها الدول الديمقراطية في ممارستها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه مثلاً في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التي حظرت لاطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا في شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدابير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في الدساتير اللاحقة عليه، فذلك لاستنفاد الحصانة التي قررت هذه المادة لأغراضها، فلا يكون لتكرار للنص عليها، من فائدة<sup>(١)</sup>.

وإضافة لنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر للقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماع أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منظورا من دعوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوما فيها.

(١) محكمة عليا - القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٧٥ - ص ١٩١ من القسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا وتضمن المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يأتي: "جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها، وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز لاطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإذ طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم ببيانها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صار عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة. ولم يثقا نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أضيق الحدود، وذلك تسيماً منها على ما يأتي<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن كل حصانة يضيفها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعويض عنها، ينبغي أن يتقيد مجالها بما يرتبط عقلاً بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانياً: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفها، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيتها إلا إذا تحرر اقتصادياً من يطلبون هذه الحقوق؛ وكان بوسعهم الاستقلال بشؤونهم والمسيطرة عليها *A self-governing life*.

ثالثاً: أن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها التي صايرها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتساقط على أصحابها -في الأعم من الأحوال- دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي بائروها -سواء في مجال تكوينها أو إيمانها- هي التي أنتجتها، فلا يكون تجريدهم منها -بدون حق، إلا عدواناً جسيماً عليها.

رابعاً: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ -والتي لم تلغها التعديلات التي تلتها- على ما قرره المحكمة العليا- لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء بكميهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامساً: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهت هذه الأسرة في مصر، إذ أقام الدليل على اغتصابها لها. ذلك أن آثار المصادرة لا يجوز أن تكون نكالا بأفراد هذه الأسرة لتحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى بعد ذلك لهم

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٦٢ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شيء يعولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلاً بأهدافها. فلا يكون تسلطها على هذه الأسرة "نافياً لوجودها"، ولا مبدأً حقها في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها "بأموال انتهيتها".

• • •

٣٧٤- تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصالحها، بما مجرد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التي انتهبوا وفق القواعد ذاتها التي تحكم أموالهم التي تلقوها بعرقهم وجهدهم، موداه حرمانهم من الحق في الحياة الملائمة بما يناقض القيم التي تنطوئ تحتها حماية الملكية الخاصة؛ وناتج العمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلاً عما تقدم، فإن ما نقرره بعض للامتياز من عدم جواز تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها فيها، مؤداه أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، يتعين أن تبقى على حالها بالنظر إلى احتوائها على القيم وأرفعها. وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تنترع كل حقوق الإنسان كأساس للحرية، وكضمان للسلام وحقائق العدل<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني - الدستور - التي تنص بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Lander، وإسهام هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظوراً.

### المبحث الثامن

#### ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقا للمستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من مصور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقييمها أيضا كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة القائلين بها، وبغض النظر عن أشخاص من يلتقونها.

وحرية التعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقاً، وأن يعرض على آخرين، الآراء التي يقدر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، وأن ينتقد كذلك توجهاتهم ليا كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الحرية السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها. فلا يكون الإصرار على ممارستها إلا ضرورة يقتضيها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية في البيان الاجتماعي، وإنهاء لثقل السلطة واحتكارها حتى تنتهي الفرص الكافية التي يكون فيها الحكم ديمقراطياً.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيراً عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار، ولا أن تكون صرخة في فضاء عريض لا يسمعها أحد.

ذلك أن الأفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تقدمها. ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون القانون معولاً ينقص عليها، ليفرض بالقوة صمتاً على الآخرين.

ويمتثل بذلك أن تتوفر حرية للتعبير بغير التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولاً وتلقياً ونقلًا. فإذا انطلق سوق عرضها، أو كان مقصوراً على فريق دون آخر، لم يعد للآراء مجال يكفل تنافسها أو تراجُعها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التي تفترض تعددية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إثارة الغبار حولها، إلا أن الآراء التي نؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقناع بمضمونها. لا إقناع بغير تعبير.

وقى إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضليل وإرادة التغيير؛ بين صندق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة طمسها؛ بين الإرادة المتحضرة البصيرة، والطريق إلى تغييبها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غير إزهاق للباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحررياتهم، ودخول عن أوضاع نعارضها إلى بدلها.

وحرية التعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة للتغيير في كل قطاع، اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تتحل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تتفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك في مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطية وتصحيحها. ذلك أن دائرتها أعمق في رجايتها، وأعرض في مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمنهجها وبحوثها وتباين أفرعها، منخلها حرية التعبير، لا يتحقق ثراؤها في غيبتها، ولا تنهيا فرص تطويرها ما لم تفتح آفاق حرية التعبير لطرق أبوابها كل واحد يريد أن ينهل من روافدها.

وليس لازما أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يخطئها الفهم؛ ولا أن تكون هي الحق فلا يأتيها باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزنها. ذلك أن غموضها لا يقطعها من الاعتبار. وليس بشرط لوجودها أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهامة بعض الآراء أو جمودها أو تخلفها، لا يجوز أن يمنحها. ولا ينال منها كذلك لنصر لها إلى التعميم؛ ولا نعلقها بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتفضيل بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجيحاً لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوباً بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هي ضمان حرية الأفراد في مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. وأحاديثهم دائماً هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرصون على نشرها والترويج لها بوصفها خطوة على طريق الديمقراطية التي تفترض تسامحها مع خصومها؛ واستجابتها لحكم العقل؛ ويرفضها المفاهيم القائلة بأن ما تتوخاه حرية التعبير، هو تأكيد الشخصية الفردية، وضمان ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تنور -في غاياتها- حول ذات الفرد. وإنما منحورها الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك في مساهمتها إلى تكوين اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضرورياً. ولئن كان بنيانها ثمرة جهود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في تكاتفها، هي التي ترشدنا إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، للتمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون الحمل على اعتناق بعض الآراء واقعا في نطاق قيمها؛ ولا التترع بمخاطر تلاعبها -على غير الحقيقة- لإزهاقها أو لقمعها.

وليس لازماً كذلك أن يكون التعبير قولاً. إذ قد يكون سلوكاً واثياً بالآراء التي يراد إعلانها والتي لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادر طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالاً بها وتفاعلاً معها.

وكما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير؛ كان ذلك منهياً لأهدافها، معطلاً نقل رسالتها -وهي الآراء التي تقارنها، صحيحها وباطلها- إلى هؤلاء الذين تتغيا إيلاعهم بها<sup>(١)</sup>.

وكثيراً ما يعود إجهاض الدولة لهذه الحرية، إلى اعتراضها -بالوسائل التي تملكها- على مضمون آراء بنواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يفي حرية التعبير غير صورتها المطفئة المجافية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قولاً منها باتصبال الآخرين بها بطريقة غير مشروع<sup>(٢)</sup>.

(١) Police Department of the city of Chicago. V. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد لحرية التعبير أن تحيا في إطارها الصحيح، أن نوزن بينها بمخاطر إطلاقها من القيود. فلا يكون تدخل الدولة مقبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد تعويق أهدافها.

فإذا لم يكن تقييد هذه الحرية -في أحوال بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نذرها سموا كانت حالة أو راحة أسبابها- فإن إطلاقها من عقابها، يكون ولجبا.

وحرية التعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها قاطعا في أن: <ضمنان نص المادة ٧٤ من الدستور لحرية التعبير عن الآراء- سواء في مجال التمكن من عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها، أو بغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها للحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ وأن هذه الحرية أعمق تأثيرا في مجال اتصالها بما هو عام من الشؤون؛ وأن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ليس منعلا على صحتها؛ ولا متمشيا مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>.

<فضلا عن أن الذين يعصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التي يؤمنون بها؛ بل كذلك لاختيار الوسائل التي يقدرون مناسبة وفعايتها في مجال عرضها أو نشرها، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها محلها لترويجها>.

<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن يهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابتها بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، فلا تكون معاييرها الشخصية مرجعا لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا عائقا يحول دون تنفقه>.

<كذلك فإن أكثر ما يهدد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكليا، أو أن يفرض أحد على غيره إصماتا ولو بقوة القانون. بل يتعين الإصرار عليها بوصفها قاعدة لكل تنظيم ديمقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكارا للحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط عقلا بأهدافها. فلا يعطل المشروع

(١) ومن ذلك قولها بأن حرصها على نظافة الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمها في صناديق القمامة، كي تخفي بهذا الادعاء، رغبتها في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.

Schneider V. Town of Irvington, 308 U.S. 147 (1939).

مضمونها، أو يناقض الأغراض المقصورة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان أفقها ضيقاً، أو كان عقمها وتحزبها بادياً<sup>(١)</sup>.

وما تقدم مؤداه، أن إجهاض الدولة لأراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، ينال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإقاعها؛ أو كان تدخلها مائراً بأن كان محايداً في مظهره، دالاً في حقيقته على نواياها، ومؤكداً رغبتها في السيطرة على الآراء التي تعارضتها، وإيقاع جزاء على تداولها.

ولئن صح القول بأن الدولة كلما تطعن عن مقاصدها من تشريعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها التدخل في حرية التعبير بقصد تحجيمها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هي التي يتعين أن يركز قضاة الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كافلاً بتفيق الآراء على اختلافها، أو منتهياً إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن تفاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباقيين. إذ ليس لها أن تفرض إملاء موضوع أحاديثهم، ولا أن تحدد أشخاصاً بذواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعادها والذين يتلقونها. ولا تقتصر للقيمة الحقيقية لحرية التعبير في مجرد النطق بأراء تؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها في نقلها إلى الآخرين لإثباتهم بها بما يكفل لتسامع دائرتها.

### المطلب الأول

#### المدخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية التعبير هذه، هي مدار حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الانتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصراً فاصلاً فيها، دالاً على مصداقيتها، كافلاً حق المواطنين - المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية - في الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بتكافئها فيما بينها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢٧ - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



فلا يتفاوتون في وزن أصواتهم، ولا في فرص تمثيلهم في المجالس النيابية. وإنما يتساوون في قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان في الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوفر للمرشحين في الدائرة الانتخابية جميعها، للفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم ويقدرونهم على الدفاع عن مصالحها، كي تفاضل بينهم على ضوء لفتتاعها بأجدرهم في الحصول على نقتها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جذورها، ذلك إنها نتاج النظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين وفق قواعد موضوعية لا تمييز فيها-- لهؤلاء الذين ينوبون عنها في مجالس الحوار Deliberative Assemblies التي يسميها البعض تارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

### الفرع الأول

#### القيود على حق الاقتراع

٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بنواتهم بناء على ألقابهم، أو ثرواتهم أو طبقتهم السياسية<sup>(١)</sup>، أو قدراتهم الذهنية التي تحدها ألوانهم<sup>(٢)</sup> Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاماً ومساوياً ومتكافئاً Universal, égal et secret وتقرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا للتمييز في مجال الانتخاب به بين الرجل والمرأة، ولا بين القادرين مالياً والمعوزين، ولا بين المتقوين عقلياً Le aptitudes intellectuelles والمعوزين، ولا للنظر إلى الاقتراع باعتباره حقاً اختيارياً، لا وظيفة يتعين أن تؤدي، فلا يتخلى مواطن عنها.

(١) كبلقة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

(٢) ومن ذلك استبعاد بعض الولايات الأمريكية للزواج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

### الفرع الثاني

#### خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوماً أن يكون الاقتراع شخصياً، لا جماعياً<sup>(١)</sup> Le vote plural ولا أسرياً Familial، وأن يكون علنياً<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز في أية حال تقرير مزاي لأشخاص في مجال مباشرة هذا الحق، بما يحطهم أكثر أهمية من سواهم.

ويبشر قضاة الشرعية الدستورية، أدق صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمهم لصور التمييز التي يفرضها المشرع في شأن حق الاقتراع -والتي يتحدد دستوريتها على ضوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومعقوليتها في مجال تنفيذه<sup>(٣)</sup>- وعلى تقدير أن غايتها هي أن يتكافأ المواطنون في وزن أصواتهم بما يكفل تساويهم في قيمتها. فلا يكون لأيهام في النظم التمثيلية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد Un electeur égale un voix- one man one vote.

ولا يجوز بالتالي التمييز بين المواطنين بصورة انتقائية لحرمان المعاقين جسدياً، أو اثنين لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، من هذا الحق. ذلك أن قضاة الشريعة الدستورية، لا يقبلون من المصالح التي يسوغ بها المشرع للتقييد التي يفرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، ويشترط أن يكون ضمان المشرع لها بأقل الوسائل تقييداً لهذا الحق The least restrictive means.

### الفرع الثالث

#### ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة<sup>(٤)</sup> La périodicité raisonnée de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote؛ وأن يتخذ المشرع من الوسائل

(١) C.C. 78- 101 D.C., 17 janv 1979, R.p. 23.

(٢) أبطل المجلس الدستوري الفرنسي انتخابات كاملة لأنها لم توفر فرص التصويت السري.

Proclamation du 9 nov. 1988, R.p. 199.

(٣) Harper V. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966].

(٤) C.C. 90- 280 D.C., 6 dec. 1990, R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواطنين في عملية الاقتراع، وأن يكون تنظيمه بالتالي لشروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وقملاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها. ولئن جاز للمشرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عارض في العقل، من نطاقها<sup>(١)</sup>؛ إلا أن حرمان الأسوياء -أيما كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التي صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعهم؛ يكون محظوراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق في الترشيح. ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التأثير فيما بينهما، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يملحها التحكم، بما يفقدها إنصافها.

وإذا جاز أن يغير المشرع بين شروط مباشرة حق الترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هي التي يفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفق شروط متكافئة يناقضها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى<sup>(٢)</sup> ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل في السيادة أنها لا تتجزأ. بما موداه وحدة الكيان السياسي للجماعة. وهي وحدة لازمها وحدة الشروط التي يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يتميزون فيها بناء على فوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون في شرط المواطنة، وهي مصدر تساويهم في حق الاقتراع.

كذلك فإن الطبيعة الديمقراطية لنظم الحكم، لازمها أن يكون حق الاقتراع شاملاً كافة الناخبين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

(١) يلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقيماً في الدائرة الانتخابية التي يدلي بصوته فيها. ومثل هذا لشرط لا غبار فيه 34- R.P., 2 Juin 1987, C.C. 87-226 على تقدير أن من يقومون في الدائرة يدركون مشكلاتها ويصرون اهتماماتها، ويقفون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بها، وعناصر التفضيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالي حرية اختيار الدائرة التي يقيد فيها، ومع ذلك فليس المدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز المجادلة فيها، والإعتراض عليها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز للمشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر نذكره جهة الرافعة على الدستورية.

(٢) C.C. 82-146 D.C. 18 Nov. 1982, R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يجرها؛ أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس النيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحاً من جانبهم لأكثرهم في الدفاع عن مصالحهم.

ولئما يتعين دائماً أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حيبتها، ويحقق تكافؤ الفرص بين المترشحين فيها في إطار من الحقائق الموضوعية التي تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء في نطاقها تبادلاً حراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة الواحدة من أعلى، محورا لها أو موجها لحركتها<sup>(١)</sup>.

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التي يعبرون من خلالها عن السيادة الوطنية. ويجوز بالتالي أن يكون غير المواطن ناخبا في النظم النيابية والجامعية، وفي اختيار مجلس إدارة المشروع<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الرابع

#### إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر -ولأول مرة- على أن يسيطأ أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يسكروها بأيديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقياً لا متخلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفصلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائية أياً كانت طبيعتها. ولا يعتبر في حكم القضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم في بعض ضماناتهم كخطر

٢.

(١) للفتية رقم ٢ لسنة ١٦١٦ مصرية -جملة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ ص ٧٦، وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن صفة الشخص كمواطن في الاتحاد الأوروبي، تفتح الطريق لمباشرة حق الاقتراع في الانتخابات الأوروبية. R.P. 25, 308 D.C.9 avril 1992, C.C.92. يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا في الفتية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية مصرية -المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها و ضماناتها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم التأسيسية. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاة ولا أن يجعلهم في حكمهم<sup>(١)</sup> على أن يكون مفهوماً أن عملية الاقتراع التي يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إدلاء المواطنين بأصواتهم في الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحتها من باطلها ثم رصدتها؛ ولكنها تشمل كذلك -بحكم الاقتضاء العقلي- كافة المراحل التي تسبقها بشرط إفضائها إليها. ذلك أن الذين يدلون بأصواتهم في صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. والقيد في الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المدرجين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية القيد في هذه الجداول إلا عملاً قضائياً لا ينفصل عن ذات الحق في الاقتراع.

ويتعين بالتالي أن يبسط القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذا كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها -ربعض النظر في طبيعتها- أن تتوفر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون في الانتفاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاق بوعده أو يوعده.

ذلك أن إغواءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من النفاذ إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم في الاقتراع لا يقل سوءاً عن إبطال صحيح أصواتهم أو تكديس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

(١) يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية دستورية -المنشور لدى ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الثاني، أنه اعتبر اللجنة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وعضائياتها. وذات القاعدة تنطبق على هيئة قضايا الدولة. بيد أن هذا الحكم ملغى. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيدة الكاملة التي لا تجعل للسلطة التنفيذية تأثيراً عليهم، وهو ما لا يتحقق لا في النيابة الإدارية ولا في هيئة قضايا الدولة: كذلك فإن البين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا. وهما هيئتان قضائيتان تفصلان في منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تعين أن تتوفر في الهيئة القضائية التي ينشأها، خاصية الفصل في منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالي إذا أريد لحق الاقتراع أن يكون متكاملًا وفق الدستور؛ أن يفرض القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على العملية الانتخابية من بدايتها وحتى نهايتها، فذلك هو ما قصد الدستور إلى تحقيقه بنص المادة ٨٤ التي صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية في كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوهها تكخل في شأن من شأنها يخل بمصداقيتها، ويقعم الفالزين فيها على هيئة الناحيين بالخداع والتكليس.

ولم يكن ممكنا في إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع في اللجان الانتخابية بطريقة ديموقراطية تكون نتائجها تعبيرا عن حقيقة ما تم فيها. ذلك أن عملية الاقتراع ذاتها تتم في اللجان الفرعية -لا في اللجان العامة- وذلك وفقا لمصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون<sup>(١)</sup>.

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية في المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية في جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضي هذا الشرط في رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين في الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية، فلا يختارون لرئاسة، إلا بقدر الإمكان.

ولم يكن للقضاء بالتالي يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شيئا من أمورها. وإنما كان يهيمن عليها العاملون في الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائما إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بالنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حياتهم، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلا للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بخير توجهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة في قواعد ضبطها عن الحيادة، منافية في سيرها للتجرد، بل تحيطها المعالاة من خلال السلطة التنفيذية التي تفرض عليها إرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

(١) تنص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لضمان سيرها وفقا للقانون، أما عملية الاقتراع قبضتها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكرراً، على أن تشكل في مقر كل لجنة من اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤساؤها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن يباشر كل ولادة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكفل تمثيلها -في عددها- مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية، إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم يكن بوسعها أن تتبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصصها. إذ يفترض ذلك تواجدها في اللجان الفرعية التي تشملها برقيتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو افتراض غير متصور عملاً، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية؛ ولا يتصور أن تظهر فيها جميعاً في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها ولقعا في فترة قصيرة، هي تلك التي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غادرتها؛ انقطع عقد العملية الانتخابية من جديد، ولا يستأ سوءاتها، وخالفها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويهبط بقيمتها، ويعطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها ولقة في إطار السيطرة الكاملة للجان القضائية الإشرافية، وإنما هي نظرة عابرة نلقها عليها، فلا تبصر حقيقة ولقعاتها، ولا تحيط بدخائلها، ولا يكون نتائجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة تناخبين على أعضائها، وإنما هي سلطة تشريعية أفرزتها السلطة التنفيذية بتدخلها المسافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور على ضوء خضوعها المباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى اندماجها فيها؛ ولأنها تدن في وجودها لها.

وكان منطقياً بالتالي أن يتطرق البطلان إلى كثير من القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متعاقبة كان آخرها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقاً لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديموقراطية

في مفهومها الصحيح<sup>(١)</sup>. وإذا صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يعيد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاء -هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١- إلا أن هذا القانون كان معيياً كذلك من النواحي الأتية:

أولاً: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكفل تعيين رؤساء اللجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز -وعلاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون- عن طريق لجنة الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المعقّدة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذا صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقياً إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلى بها أممها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صناديقها إلى لجان الفرز التي تبعد مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصناديق أو تكديسها بأصوات جنيذة لم يدل أحد بها، أو نزاع أصوات صحيحة منها تلاعباً فيها، بما يقصد العملية الانتخابية ويشوه نتيجتها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في حضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تفصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما يتصل بدوران العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالتفصل في ادعاء حرمان أنصار أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

(١) "مستورية عليا" -للقضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية"- جلسة ٨ يولييه ٢٠٠٠ -مساعدة رقم ٧٨- ص ٦٦٨- وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.



ثانياً: أن عملية الاقتراع في ذاتها تتدخل مراحلها، ولا تقتصر بالتالي على المرحلة التي يبدى الناخبون فيها بأصواتهم في صناديق الاقتراع، وإنما تستخدمها وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة التقيّد في الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقها، وليس مجرد الفصل في الطعون المتعلقة بها<sup>(١)</sup> -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقيّدون في هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالي أو موقوفين عن استعمالها. وتلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن تتولاها وزارة الداخلية، وهي جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهي الأهم- ذلك أنها تتصل بكل واقعة تلابس سيرها وتبطلها. ومن ذلك نوع التدابير التي اتخذتها وزارة الداخلية قبل التناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير في وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إغزاعهم بالتهديد لصرفهم عن واجبهم في الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبي المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إرهاب رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التي يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حينتها.

ثالثاً: أن عملية الاقتراع في ذاتها، تفرض التحقق من صفة الأشخاص الذين يدلون بأصواتهم في اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التتّكّل على صفاتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتصرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

(١) تنص المادة ١٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه في جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أمهل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تتصل في الطلبات المشار إليها في المادة السابقة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيساً وعضوية مدير الأمن بها!! ورئيس نيابة يختاره النائب العام.

### المطلب الثاني

#### ضمان مصداقية العملية الانتخابية.

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصداقية التمثيل النيابي في بلد ما، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبه عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقض تساويهم في فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويفترض انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة الشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أسرية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو لغير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط المنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يفاضلون وفق قواعد منصبة من أجل الفوز بالمقاعد التي يتنافسون للحصول عليها في المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، ينعكس بالضرورة سلباً على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين في الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جرياتها، فلا تمطل حيدتها أموال تتكف في غير ضابط، ولا تدابير بوليسية ترهق المترشحين عليها وتصرفهم عنها، أو تقزع الناخبين بما يتهدد بهم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازماً بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين في تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين في مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ولدليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين في الحياة العامة صورة بغير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم في النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صناديق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيدة القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزمان أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية -وهي جهة غير قضائية- أن تتفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التي تتباين الضغوط التي تؤثر في نتيجتها، وكذلك القوانين التي تتدخل في تنظيمها، وطرائق القيد في الجداول التي تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية في صحة عضوية أعضائها، خروجاً على طبيعة وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية أحاز إلى السلطة التشريعية انحيازاً كاملاً، بأن جعل قولها فصلاً في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثي أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يلى:

يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة للنقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء الحياة السياسية في مصر على أساس سليم، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يفوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائياً في طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالي أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها و ضماناتها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحيثما فيما تفصل فيه من المسائل التي تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -على ضوء القواعد المعمول بها في القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا: ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية في كافة مراحلها تثير بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهي كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية لتقرير صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التي تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في نتيجتها.

ثانيهما: أن بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التي تقيس بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها في تفسير الدستور، وتحيطها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتستظهر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتحيلنا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا على أن دور محكمة النقض وفقا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يُعرض على هذه السلطة لتقرر بأغلبية ثلثي أعضائها اعتماد أو رفضه.

ومن المنصور بالتالي إلا يؤبه لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجود أوراق تقبل السلطة التشريعية نتيجتها أو ترحيلها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ المشار إليها.

ويدل ثانيا: على أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن بطلان العملية الانتخابية أو صحتها، تقديرهم الخاص. ويحلون بالتالي محلها في وظيفة

قضائية بطبيعتها. بل إنهم قد يطلون عضوية خاص لجهاد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة العوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتزوير أصوات الناخبين.

ويدل ثالثاً: على أن تخويل السلطة التشريعية في مصر اختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلاً من أشكال الرقابة الداخلية التي تجربها بنفسها في شؤون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايداً، بل موجهاً بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معاييرها الذاتية وتوجهاتها الشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولاً بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إقرارها لهذا الدستور الذي جعل المجلس الدستوري بها قاضياً وحيداً للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجلسها. ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلاً في دستورية القوانين.

وقد تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى مالأه أنصارها. بل إنها تداهن خصومها حتى تجنبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملاممة استقطبهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تنفّذ لاتفاقاتها الجانبية مع معارضيه، وإعمالاً لنصوية غير معلنة ولقمة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عبثاً عريضاً، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في دساتير كثير من الدول الأوروبية من إيدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها؛ برقابة خارجية يتولاها قضاء الشرعية الدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها النيابية. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير نوابس، ودون تكليس، وبغير ضغط. وبعيدا عن المحاباة.

. ويدل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى في الدساتير التي تمهد إلى السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها<sup>(١)</sup>؛ فإن كلمتها في ذلك لا تعتبر قولا فصلا.

٣٨٤- وتعطينا قضية Powell v. McCormack مثالا واضحا على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا الفدرالية الأمريكية -وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر- تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

أولاهما: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن تختار هيئة الناخبين بنفسها -على ضوء لفتتاحها- من يكون في رأيها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ ولا أن تضيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطا غير التي نص عليها الدستور<sup>(٢)</sup>.

ثانيتهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها للدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضوا استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلا<sup>(٣)</sup>. ويظل انتحال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معيبا وخطرا، لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضراره بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع اختيارها عليهم دون مسوؤهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانات تقتضيها فاعليتها، فلا يكون إسهام للمواطنين فيها سوريا بل حقيقيا.

(١) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يخول دستورها كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق الفصل قضائيا في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members  
(Powell v. McCormack, 395 U.S. 486(1969)). (٢). (٣).

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان انتخابه صحيحاً، ولو عارض علانية بعض مظاهر السياسة الوطنية، أو ندد بها<sup>(١)</sup>.

٣٨٥- تلك هي للنظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم أطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلاً عليها وبدون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي للكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداءً أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءاً أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقاً لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور يخولها كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذا كان إسقاط العضوية وفقاً لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوال شروطها بعد توافرها لعارض طرأ عليها، كأن يفتل العضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو تختل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها، أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من النقة والاعتبار؛ وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يبطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقاً للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلاً؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم في تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التي تحدد بها من يكون أو يظل من أعضائها، بما يوهن من روابطهم بهيئة الناخبين التي منحهم نفعها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية. فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إفساداً للحياة السياسية في مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملامحها.

(١) Bond, V.Floyd, 385 U.S. 116 (1966).

### المبحث التاسع

#### الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم

#### لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتعلق مناطها بالقوانين قبل تطبيقها<sup>(١)</sup> ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها، ما قد يظهره العمل من مطالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -الفرض فيها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصير بعد تقرير دستوريته نقية لا شائبة فيها، فلا تختل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشأ هذه القوانين أو تعطلها.

يبد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومطالبها الكامنة في طبيعتها.

#### المطلب الأول

#### أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا تصلح في الدول النامية للرقابة على القوانين قبل إصدارها، ولا زال نجاحها محدودا في الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأثيرها في أوضاع مجتمعها.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -وكأصل عام- واهية متراجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثالا لها. وتخللها في الدول النامية التي اعتنقتها، مرده أن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، بل تأثيرها الطبقة

---

(١) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تجذب مع آخرين الرقابة السابقة التي يتمسرون أنها تسد عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق منحصر جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تدخل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.



السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس اللسواب أو رئيس مجلس الشيوخ. وجميعها جهات لا يعنينا كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشرع بالنظر إلى تضامنها في مصالحها، أو حتى توأطئها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

ونظل الرقابة السابقة معيبة في جوهرها، ولو خول الدستور الحق في تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كسنتين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين في الاعتراض على السياسة التشريعية التي انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومحاميتها عنها أمام قضاء الشرعية الدستورية من خلال الطعن في القوانين التي أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء القضاء مخالفتها للدستور، أكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما ينزهاها على تصور مجابقتها للأغلبية البرلمانية بناء على أغراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التي حرص الدستور على تثبيتها.

وفي ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال أفاق جديدة تنهيا بها فرص تبادل مواقعها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التداول المشروع للسلطة، فلا تزول لغير الأجر بثقة هيئة الناخبين.

وشئ من ذلك يندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاغية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة كلما تظفر بعدد من المقاعد يؤهلها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها<sup>(١)</sup> فوجودها في المجالس النيابية ليس إلا ماضيا نتيجة قهر الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لمصالح أنصارها.

كذلك نفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقطا تعنيه الديمقراطية: فهي أعمق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين في اختيار من تراه أقدر على الدفاع عن مصالحها.

(١) في فرنسا يحوز لسنتين نائباً أو ستين شيخاً الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوافر هذا العدد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بفقتها، كانوا مسؤولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقسع السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتضاءل شأنها إلى جانبها، وإنما تصالوحيها في وزنها، وتشاركها في سعيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسؤوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي قلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالفقر أحيانا، وبضغوط احتياجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لسياساتها. وغالبا ما تغدق على مؤيديها بقدر إيدائها لمعارضيه. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية؛ ولا تتوافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.

### المطلب الثاني

#### العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فليّن لهذه الرقابة كذلك عيوباً ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنسها بذلك رقابة في غرفة مغلقة لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظورا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستورتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة، وما يفترض من آثار ترتيبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها، فإذا قرر قضاء الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه البراءة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الآثار التي أحدثتها في العائق القانوني التي أنشأتها أو عدلتها. فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقها اليومية لتناقض نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن بمثلها الواقعية.

وفضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردها أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وأكثر لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جوار بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة -التي لا يحركها الأفراد، وإنما تستهضها للطبقة السياسية التي عينها الدستور- تفصل بصفة نهائية في دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها. ومن ثم تتأكل المراجعة اللاحقة وتضيّق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستورتها، هو الأكبر. وهو اتجاه قد تحرص عليه السلطة السياسية بقصد تمرير أكثر القوانين التي أقرها البرلمان، فلا يزنها قضية الشرعية الدستورية بالقسط، ولا يمعنون في بحثها بالنظر إلى قصر الأجل التي يتعين عليهم الفصل خلالها في دستورتها. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بقصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرّعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التي تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحركها الأفراد المعنويون مباشرة بالأضرار التي أصابتهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التي يوجهونها وفق مصالحهم. وهي خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصّر على النخبة السياسية في أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هموم أمتهم؛ ولا يسمعون بيقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أغلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وذلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تنتج بملامحها السياسية سواء في شروط تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا نملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سدها، ولكنها تحول دونها إذا أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا أقامها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير النظر في دستورية القوانين قبل إصدارها. فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تكلل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لاحتصار مجال عملها في القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير عدم المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي نبأشرها هذه المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إيدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة الأكثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يقوضها، أو على الأقل يعطل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترجى منها.

### المبحث العاشر

#### امتناع تولى أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً

#### تتناقض طبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوءها ما تراه هي داخلاً في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة تخومها ووظائف ممارستها التي لا يقتصر نطاقها على المسائل التي حددها الدستور حصراً، وعهد إليها صراحة بها (Enumerated Powers) وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمناً تحتها Implied Powers.

فضلاً عما يعتبر كامناً فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مترتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers<sup>(١)</sup>. بما مؤداه أن الولاية التي كفلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تنفق وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوازمها التي لا تنفصل عنها، بل تشكل جزءاً منها يتكامل معها ويتممها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إلحاق أقاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك إدارتها والانفراد بحكمها وتنظيم شئون شعبها.

والسلطة التشريعية في نطاق ولايتها الصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامناً فيها، أو نتيجة مترتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عقلاً لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

(١) يعتبر كامناً في اختصاص السلطة القضائية بالفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العقوبة على من يخلون بالنظام في جلساتها، أو يرتكبون جريمة التخدير بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يحدرونها، هي سلطة كامنة في المحاكم جميعها؛ ذلك أن وجودها لازم لضبط النظام في إجراءاتها القضائية، ولتنفيذ أوامرها وأحكامها، ومن ثم إدارة العدالة إدارة فعالة [86 U.S.) 505 (1874). (19 Wall].

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشئون الاقتصاد، وبالسلطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيثياتها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وينزع ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ ويحدد الجرائم وعقوباتها؛ ويفرض المكوس على اختلافها؛ ويوسائل دعم للتجارة وترويجها، وبإيفاء ديون الدولة، وبإصدار أنون للخرانة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالمعقود ذهباً؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المسائل التي يجوز أن تشرع فيها كفرضها لرقابتها على النقود، والإنان بصكها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مقاداة أن ولاية السلطة التشريعية عريضة في اتساعها، وإن كان لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تكينهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضمائنها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law<sup>(١)</sup>، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منعها الدستور من التدخل فيها، كحق السلطة التنفيذية في عقد قروض بغير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لاختصاصاتها الشاملة، فذلك هو الأصل. ذلك أن كلا منهما. تتفرد بوظائفها التي تكتف مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، ويموظفها الذين يتبعونها، فلا يباشرون عملاً لغيرها. فضلاً عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التي تكفل حرية ممارستهم للشئون التي يتولونها؛ وأخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو داخل لجائها، وعلى الأخص ما تطق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بانتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أقوال؛ ولا الخوض في مضمونها أو دوافعها، وإلا كان ذلك تخلاً في حريتهم في مجال عرض الآراء التي يؤمنون بها

(١) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ارتكابه الجريمة.

Cook v. United States, 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تؤيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها، ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقته، أو تأثيم دوافعها، أو تجريح المنتخدين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها؛ أو لضمان تصويته فيه على نحو معين. ذلك أن الارتشاء ليس جزءاً من العملية التشريعية. ويمتحيل تصويره باعتباره واقعا في نطاقها<sup>(١)</sup>.

وشأن الارتشاء، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان مאלة لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل أية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانين، يتعين ألا تحكمها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التضليل مدخلا إليها، ولا أن تتمحض تجارة يتربحون منها؛ ولا أن تتناقض -بوجه عام- التجرد والحيدة اللتين ينبغي أن تتسم بها تصرفاتهم جميعها داخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظلفتهم التي لا يخل بها أن يقوموا بهما مؤقتة في لجان تعطوهم أجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمانة لتنفيذ بعض الوصايا، أو زائرين غير منقرعين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا -ولو لم يكن حكوميا- كلما جرد تولفه هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبديها من حينها، أو قوض وإجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحقق لصوته استقلالا يترقى به الانزلاق إلى المحاباة أو اللولوغ في المغامم الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مدهانتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعاملين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية السلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعد مع لحفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤداة أن للفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا ينفكون عن جهاتهم الأصلية الملحة بالسلطة التنفيذية غالبا، وإما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظيفيا وإداريا لروسلاتهم فيها. فلا يسلطون جهاتهم هذه عن أخطائها، ولا يواجهون لتحراقها بالصرامة الكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص لروسلاتهم من خلال المزاي -الوظيفية وغيرها- التي تخضعها عليهم.

(١) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقفهم منها غير انحياز لها، دائرا في طية توجهاتها، وملتبنا عن قصور أدائها؛ ولو قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحيل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى القانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير متفرغ لشئونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفي ذلك إغراق في إلقاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابتهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يتخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجنحون إلى تفضيل مصالحهم في الأعمال العرضية التي يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شوائبها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعاقب يؤثر في حيدة أصواتهم أو ينال من قدرتهم على مجابهة المسائل التي تتلقاها السلطة التشريعية وإيداء رأيهم فيها في حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. وكان منطقيا بالتالي أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شئ من أموال الدولة أو استجاره؛ وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعونها أو يوجرونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها، أو يتعاقدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موردين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفيد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التي يؤثر توليها في الأداء الأكوم لواجباتهم، أو يخل بمسئوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك من باب أولى. ولا يجوز بالتالي -ولو بص في الدستور- تفويض استقلال البرلمانين، ولا أن تنهيا لهم الفرص التي يختل بها ضبط العملية التشريعية بما يطل أو يقيد جريانها في الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التي يحتضنها الدستور بتعين ضمان سريانها في النظم القانونية جميعا. والدستور أولاها بالنزول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جوانبها. وهي قيم يفترض



أن تتكامل لا أن يمحو بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد في الدستور، وإلا صار هذا النص باطلاً<sup>(١)</sup>.

وما السلطة التشريعية في تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصندوق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرفها أعضاؤها مخالطة أو إهمالا، اختل بديان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدا قوانين ظاهرة للبطلان، أو على الأقل قوانين لم يصنوا مناقشتها وصرفوا اهتمامهم عنها.

### المطلب الأول

#### ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقيم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التي تجمعهما. ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما بجعلهما سلطتين متكافئتين قدر Co-equal branches لا تميزان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التي يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحيدهما بوجه أو بآخر، وأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان تصوريا، وعلى الأقل في الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نمواً، والتي يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين في بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال ذوبان السلطة التشريعية في السلطة التنفيذية التي تبسط قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتمدة في ذلك بغطاء من القوانين التي تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى في العهود القديمة. وهو ليس بالتالي بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقيض عليها -ملكا كن أو أميرا أم إمبراطورا- باعتباره مفوضا من الآلهة في القيام عليها. فلا تدور البطة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

(١) Donald P. Kammerers, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48- 49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التي لا تقوم على جذبها في كل عناصرها، وإنما تتولاها منفردة قوة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصغرة تضمها إليها لا يدخلها غير الاصفياء الذين تمنحهم -ويقصد الإيهام بواجهة ديمقراطية تحرص عليها- جانباً ضئيلاً من عناصر ولايتها. فلا تتركز السلطة بكاملها في يدها. وقد تحقق توحد السلطة في كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة العمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التي لم يظفر المواطنون بها. ولئن حرص قادة هذه الثورة على الدفاع عن قضية الديمقراطية من أجل تكوين نظم مدنية في خصائصها تحل محلهم بعد فترة من الزمن يحدونها؛ إلا أن تخليهم عن هذه النظم وتسويقهم في بناء أسسها، كان واقعاً حياً دل على رغبتهم في احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى ثكناتهم يوماً. مثلهم في ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفروا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوا بذرائع شتى تتردد بين كونهم الصنف المختار الذي يوجهها قوهراً يترجم الآمال الوطنية ويكفلها؛ وبين كون البروليتاريا هي الطبقة الوحيدة التي تعمل في كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صبور الاستغلال على اختلافها؛ وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التي تمثلها الدولة في حركتها الجماعية.

وأياً كان شكل توحد السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائماً، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها في العمل صار وهماً، وأن ولاءها صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هي التي منحها وجودها من خلال مساندتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها في الحملة الانتخابية، مستغفرة قواها لسحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هي الأغلبية البرلمانية التي تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، وتبقيها في دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صوتها. فلا تظهر في الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية داهية بقوتها، وسلطة تشريعية مترجمة بولايتها، مهينة قدراتها، متوارية في الظلال، لتأخذ للقوانين التي تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أياً كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية. فلا تعمل هذه بتفويض من الجماهير، وإنما بتفويض من السلطة التنفيذية التي تدبّر

فى وجودها لها . وليس للسلطة التشريعية بالتالى من مكان إلى جوارها. بل هى دائما خلفها، لا تبصر سواها، وأذناها لها.

### المطلب الثانى

#### حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل الدساتير بوجه عام حصانة برلمانية فى شأن الآراء والأفكار التى يبدونها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظيفتهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها<sup>(١)</sup>.

وتبدو أهمية هذه القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التى تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفتهن ممثلين لهيئة الناخبين التى أنابتهن عنها فى مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسؤوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفهم مما قد تتخذه السلطة التنفيذية قبلهم من تدابير بقصد إيهان عزائمهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لمنعهم من انتقاد رموزها أو تجريدها، بما يؤول فى النهاية إلى تبعيتهم لها.

ومن ثم كان منطقيا أن ترتبط الحصانة البرلمانية -فى مفهومها وغاياتها- بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال اتصالا بالمهام التشريعية التى يتولونها، وبما يكفل صدق أداؤها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءا من العملية التشريعية، يمهدها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من قوامتها، سواء تعلق الأمر بتقييم مشروع قانون معروض عليها، أو بأوضاع تريد تقصيدها فى موضوع معين<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التي تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويندرج اختصاصها في ذلك -ضمنًا- في المفهوم العام للسلطة التي يباشرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا يسعها أن تباشر المهام التي ألغاه الدستور عليها إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحررها، وظروفا تتممها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعياتها، مرتبطة عقلا بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانا ضروريا من متطلباتها، يتكامل معها، وحقا ثابتا لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوطها في مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور<sup>(١)</sup>.

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly.

ومن ثم صرح القول بأن سلطة التحقيق البرلماني، وما يقترن بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هي سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعاونة في العملية التشريعية<sup>(٢)</sup>.  
An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التي تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتعديل قانون قائم. وعليها بالتالي أن تحصل على بياناتها من المصادر التي تملكها، والتي لا تقدمها غالبا بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

(١) شكل مجلس النواب الأمريكي أول لجنة برلمانية لتقصي الحقائق في عام ١٧٩٢. وذلك للتحقيق في أسباب هزيمة الجنرال St Clair وجيشه من الهنود في الشمال الغربي للولايات المتحدة الأمريكية. وقد خول هذا المجلس اللجنة التي شكلها حق استعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والمجلات التي تراها ضرورية لمعاونتها في البحوث بتعريضها.

(٢) لا يتضمن الدستور الأمريكي أي نص يخلو مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أي شخص يتوخى بها التكونجس بمجلسه مباشرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقد بشر البرلمان الإنجليزي هذا الحق، وكذلك المجالس النيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكي:

Landis, Constitutional limitations on the congressional power of investigation, Harvard Law Review. 153. 159- 160 (1926).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختيارا لتزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تتفحص اللجان البرلمانية تحريا لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية - على كل معلومة يطلبها في نطاق المهام التي حددها المشرع لها - ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتها، وكإجراء ملائم للنهوض بها *A necessary and appropriate to the power to legislate*؛ وإنما كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتحم بالعملية التشريعية ويتداخل فيها *Inhering in the legislative process*.

ولئن واجه الناس أحيانا عمل اللجان البرلمانية المشار إليها بموجة من العداء بالنظر إلى إقحامها نفسها في مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أعيان عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقا ثابتا للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها في المسائل التي تحققها بعيد في مدها.

فلا يقتصر بحثنا على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا على صور من مظاهر التصور في العمل العام دون سواها؛ ولا على تقصى الكيفية التي تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور الموارد التي تواجهها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح على ضوء نتيجة عملها<sup>(١)</sup>.

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجان لمسلطتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملا معاونا في حصن أدائها. ولا يجوز بالتالي أن تتجاوز سلطاتها الحدود التي لا تبلغها السلطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup>.

وليس لهذه اللجان بالتالي شأنها في ذلك شأن البرلمان - أن تتدخل في خواص الحياة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التي لا يجوز أن يشرع البرلمان فيها،

(١) *Barenblatt v. United states*, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also *Eastland v. United servicemen's Fund* 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

(٢) *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتخصيها مسائل يدخل للفصل فيها فى ولاية السلطة القضائية دون غيرها. ويظل اختصاص تلك اللجان منحصرًا فى المسائل التى عينها المشرع لها، وبالأغراض التى توخاها من تشكيلها<sup>(١)</sup>.

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعى الشهود الذين يكتشفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته فى البرلمان وللثقة المودعة فيه<sup>(٢)</sup>.

وحق للجان البرلمانية فى الحصول على كل معلومة تراها ضرورية لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هى والأوراق التى تتعلق بها. وإما يحوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة الحكومية على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية فى شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض فى مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونا.

وقد أذن القضاء السلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حددت مسلفا وجه استقانتها من تحقيقاتها، أو كيفية تعاملها فى بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -ومن خلال اللجان البرلمانية- فى صور الغش التى دخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التى تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم فى شأن تلك العقود تأسيسا على أن أمر الفصل فى صحتها أو إبطالها لا زال مطلقا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلمانى لا صلة له بالمهام التى تقوم عليها السلطة التشريعية فى نطاق وظيفتها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم يثنها عن توجيه اللجنة التى شكلتها إلى المضى فمضى فى عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها فى شأن مشروع القانون إلزام لمواجهة ما اعتور هذه العقود من خلل<sup>(٣)</sup>.

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(٢) In re chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v. United states ex rel cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(٣) Sinclair v. United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التي تملكها الدولة كانت محلاً للعقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالي الاحتجاج بأن اللجنة التي تتحرماً لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل في الشؤون الخاصة للأفراد. وقد نزع عن حق السلطة التشريعية في تأمين مصالح بلدها، الحق في تشكيل لجان برلمانية غايتها التحقيق في صور للنشاط المعادية للدولة، ومواقفها المختلفة ومصادر تمويلها<sup>(١)</sup>.

ويجوز كذلك في الدول الفيدرالية - وفي إطار شرط تدخل التجارة بين ولايتها - أن تشكل سلطتها التشريعية المركزية لجاناً للتحقيق في مظاهر القصور في أعمال كل منظمة نقابية وكذلك في انحرافاتهما<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن المدون على الحقوق المدنية للمواطنين، يخول السلطة التشريعية - وهي تختص بحمايتها - تشكيل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل في اتجاه إنكار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الناس عوراتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم<sup>(٣)</sup>.

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق في نشاط يقوم به، أن يطلب منها بيان نطاق سلطتها في إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذي أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطتها على سلطة البرلمان الذي أحدثها.

وبقدر انتباه التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد اتساع سلطاتها إلى حد المدون على حقوق الأفراد وحرياتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده القاطعة هي وحدها التي تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطاتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعاً في نطاق إذن المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تعداه إلى نطاق آخر.

(١) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(٢) Huteson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية في مجال القوانين التي تقرها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها -ولو لم يرد نص بذلك في قرار إنشائها- بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يبدان جنائيا بسببها<sup>(١)</sup> ولا أن تأمر بتفتيش أوراق يحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائي ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بفرض غير مشروع، فإن إسياب الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة في نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها في ذلك شأن البرلمانين الذين تقتضى وظائفهم ألا يملأوا ناخبا في الحصول على مزايا لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن ينشر أحدهم علانية تقريرا صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متدولا بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أوالا دونتها هذه اللجنة في تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير لشخصا أسفر التحقيق معهم عما يشينهم.

فاللجان البرلمانية لا تفصل جوهر مهامها عن تلك التي تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور للحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان في الحدود ذاتها التي يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم في التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتتطرق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتحرر من عوائقها The deliberative and communicative processes. ولا يتصور بالتالي إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد مناطها بالعملية التشريعية ذاتها، وإطارها العام بكافة الحقوق التي ترتبط بها؛ ووسائلها بكل الآراء في تفاعلها وتقابلها سواء في ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوغائية مفرطة أو بعقلانية ناضجة، بحق كامل أو بنظرة سطحية.

(١) Quinn v. United States, 349 U.S. 155 (1955).

(٢) Mcphaul v. United States, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960); Gojack v. United States, 384 U.S. 702 (1966).



وليس معقولا ولا مقبولا أن يسألهم أحد عن أعمال وظائفهم التي لنوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعويض عنها حتى لا تتفرق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تبدد وقتهم.

ولو أنهم سئلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صانها كان أم خاطئا- لا دخل ببيان العملية التشريعية التي تفرض في جوهرها نطقها بنشاط يتمحصر عملا تشريعيا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سعيهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التمسك وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مغانم شخصية<sup>(١)</sup>.

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديدهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها<sup>(٢)</sup> التي لا تتوافر أمامها -بحكم تكريتها- ضمانات الحيدة والاستقلال اللتين تكفلهما السلطة القضائية فصلا في الخصومة التي تعرض عليها.

ولو قيل بسرمان الحصانة البرلمانية في غير نطقها، لكان التذرع بها طريقا للانتهاز وتقيدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التي تفصل في كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقلن إلى فصل الأقوال والأفعال التي تصدر عن عضو بالبرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تنبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قانون أو قرار، ليفصل قضاء الشريعة الدستورية في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، وبغير تعرض منهم لأراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

(١) ومن قبيل هذه المغانم هجومهم في الصحف على خصومهم وتكديدهم بهم.

(٢) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

### المبحث الحادي عشر

#### حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديماً بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law-making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروف عليها The law-interpreting power، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقاً للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي تباشرها، مؤداه أصلاً ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها على الأقل في العريض في مسائلها- لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تحل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافأن معها وزناً وقدرًا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبرراً كافياً يصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعاً يعتبر مدخلاً وحيداً لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

ودل العمل كذلك على أن السلطة التشريعية حتى وإن خلا الدستور من نص يخولها أن تفوض جانباً من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملاً تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما تحذر عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تندرج في قواعدها الكلية، وأن تتكأ سلفاً بأوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالحلول اللازمة لتطبيقها.

وصار التفويض بالتالي ضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن التوصل من موجداتها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم يضبطها؛ ويعتبر إطاراً لها.

وتظل الصعوبة التي لا مراء فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهل لا يكون التفويض جائزاً إلا إذا كان مقبولا علة بأن كان واقعاً في إطار الحدود المنطقية للتفويض...؟؟؟ أم أن المسائل التي يشملها التفويض لا يجوز أن يراقبها قضاء الشرعية الدستورية

بالنظر إلى حساسيتها وتعدد دروبها بما يفرض عليهم تجنبها قدر الإمكان؟ أم أن شرط جواز التفويض هو انحصاره في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

### المطلب الأول

#### شروط جواز التفويض

٣٩٣- وليبان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فلن نثمة قواعد قانونية يتعين إيضاحها بصفة مبدئية وهي:

أولاً: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي يفدها الدستور بها.

ثانياً: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تتفرع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالمراقبة التي تفرضها السلطة على موارد الدولة تخولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقها في مصارفها.

بما مؤداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمها التي لا تنفصل عنها. فالسلطة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يملئها حكم العقل، ولا مجال لحضنها أو الاعتراض عليها، ولو خلا الدستور من نص يقرها.

ثالثاً: الأصل في المسائل التي لا يأن الدستور للسلطة التشريعية باتخاذ قرار فيها، أو بمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن ما يندرج ضمنا في إطار اختصاص عام، يكون ولعما في حدوده. فاختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها وبفرض المكوس وتقرير قواعد الإنفاق العام،

(١) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

واقتراض النقود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة في شأن الجنسية والنفال، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون واقعا في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رضاءهم، وتحقيق الآمال التي يتطلعون إليها.

خامسا: تعتبر السلطة مندرجة ضمنا في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإنما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادسا: تتناول السلطة الواقعة ضمنا في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلا بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص، وإلا صار الاختصاص لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون لتحرافا عنها أو تنقيدا بضوابطها. وهي تباشر لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديها لكل المسائل التي تشتق عملا من اختصاصها المحدد حصرا، بما يربطها به بعلاقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصص، مع الوسائل المؤدية عملا إليها، غير وحدة عضوية لا تنقسم لأجزائها.

سابعا: أن كل تفويض يتقيد بالضوابط ذاتها التي تنقيد بها السلطة التشريعية في مجال مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسمعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التي تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها يقيد من يتلقى التفويض منها. وإذا كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقا للدستور أن تفصل النصوص القانونية التي أقرتها، عن الأغراض التي توختها من إقرارها؛ فإن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز في التفويض الصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، في الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحلال باختصاص تشريعي مقرر لولاياتها طبقاً للمستور<sup>(١)</sup>.



تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلى ضوءها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنص في الدستور، يفقد ضمناً سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>.

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

#### المطلب الثاني

#### صور التفويض

#### ٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحدهما يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ليظهر في صورته النهائية.

وفي هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تاركاً إلى الجهة التي يعينها الاختصاص بملء الفراغ فيها To fill the details. كتحويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريف الجمركية أو خفضها وفقاً للقانون، وكتحويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي نلتزمها للمحاكم الأدنى منها.

وكثيراً ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويفوض السلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

(١) Laurence H. Tribe. American constitutional law. second edition. p. 362.

(٢) Licher v. United States. 33 U.S. 742. 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توافرها في السلع الأجنبية المستوردة<sup>(١)</sup>.

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على تغيير تقرر هذه الجهة طرؤه على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص<sup>(٢)</sup> (Contingent legislation).

ويدخل في ذلك أن تقر السلطة التشريعية قانوناً، وتعلق تطبيقه على تحقق رئيس الجمهورية من واقعة بذاتها، كأن تطق تنفيذ قانون صدر عنها يكفل حرية التجارة بين بلدها والدول الأجنبية؛ على أن يكون تبادل التجارة فيما بينها، مقصوراً على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعاديهما، أو تتامض مصالحهما من وجه آخر.

ومن ذلك أيضاً تفويض رئيس الجمهورية فرض قيود على تبادل التجارة مع الدول التي تخل بحرية تنقلها، من خلال المكوس الباطنة التي تفرضها على السلع التي تستوردتها بلده<sup>(٣)</sup>.

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصلية التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصلي.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسائل بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظوراً. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشؤون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجنية<sup>(٤)</sup>.

(١) Wayman v. Southard, 23 U.S., 10 Wheat (23 U.S) 1, 14 (1825); Buttfield v. Stranaham, 192 U.S. 470 (1904).

(٢) United States v. Rock Royal Co- op., Inc, 307 U.S. 533 (1939).

(٣) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S (7 Cranch) 382 (1813).

(٤) Zschering v. Miller, 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حدها، فلا يكون التفويض فيها جائزا *Non-delegable issues*. ومن ذلك أن الدستور قد يدخل رئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية وبموافقتها. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها<sup>(١)</sup>.

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة أو بالإخلال الجسيم بواجبات وظرفته، مقصورا على السلطة التشريعية أو على أحد مجالسها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض<sup>(٢)</sup>.

وفضلا عن المسائل التي ألزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسها، كفرضها لضريبة عامة وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور القائم في جمهورية مصر العربية، فإن من المحذور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخرى *The legislative power as a whole*، حتى لا يكون موقعها من الوظيفة التي أخصها الدستور بها، شلبا نهائيا منها بتفويض غيرها في ممارستها *Non-transferable delegation*.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصاص معين، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتباره منصرفا إلى سلطة موازية للسلطة التشريعية، ينكأ به مركزها معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتها السلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفتها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمانها، غير تلك التي ترتبط عقلا بها.

ومن ثم لا تتوافر للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتها التي تملكها السلطة التشريعية، والتي تخولها النظر في كافة الأغراض التي يجوز أن تستهدفها في إطار ولايتها. وإنما يتعين أن تقيد الجهة المتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التي ترتبط بالمهام التي كلفتها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما موداه أن للسلطة التشريعية -دون الجهة التي فوضتها- خياراتها المفتوحة في مجال تقدير الأغراض التي يجوز أن تستهدفها *The open-ended discretion to choose ends*.

(١)، (٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, pp. 362- 363.

فالجهة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من نقلة بعض المهام المدنية بها، ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التي تقتضى قصرها على المواطنين. إذ ليس للجهة المتلقية التفويض شمة لاختصاص في مجال إدارة الشؤون الخارجية، ولا في عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا في تنظيم شؤون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الملغى لأداء العمل في صناعة بذاتها<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام، تتركز القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمنا في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معناه العام<sup>(٢)</sup> *Consensual government under law*. ذلك أن الحكومة بأمرها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا يتأثر إلا سلطة مشولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شؤونهم، ويصريفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصها، أن تتخذ إجراء أو تكديرا، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن ولقا أصلا في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور تخومها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولا عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها<sup>(٣)</sup>.

وتلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتلقية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتدخل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

(١) *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976).

(٢) *Laurence H. Tribe. ibid*, pp. 364.

(٣) *Opp Cotton Mills. Inc v. Administrator*, 312 U.S. 126, 144 (1941); See *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).



ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة المتلقية للتفويض، منوطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلاً في اختصاصها؛ وألا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تستقل بتصرفها  
Non-delegable power.

وكلما كان نطاق التفويض منبهماً، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومستوياتها، عريضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول سياسياً ودستورياً. ذلك أن السياسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تحاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضاً في حدوده، أو عريضاً في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسؤوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا نفرض هيئة الناخبين رقابتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقابها، ويحول دون ضبطها أو مساءلتها عنها. ولا يدع ذلك أن يكون إشرافاً من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية الدستورية.

وفصل قضاء الشرعية للدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلاً أصلاً في ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان التفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطوقاً على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية للذين تلقوا التفويض عنها فيما يتعين عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان للتدبير أو الإجراء الصادر عنهم ولقاً في حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التي اختاروها في مجال مباشرة السلطة التي فوضوا فيها، ملائمة في غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التي توجه بها السلطة التشريعية للذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإنما يكفي أن يكون بالإمكان فهمها<sup>(١)</sup>.

فإذا أحاط المفوض بها، صار التفويض منبهماً لا تقتصر مضاره على تحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة المتلقية للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زاوية تخلق

(١) American Power and light Co. v. SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية تكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فوضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تتخلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديد لها للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الفاعض، شأن التفويض المنقرط *Broad delegations of power*، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض في الصورة لثانية يجعل السلطة التشريعية مسؤولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هي تلك الصادرة عن الجهة المثلقة لتفويض شديد الاتساع. إذ يخولها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مناهجها وطرائقها في العمل. وقد يكون التفويض المنقرط مجرد قناع تكتسر السلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسؤولية أعمال خطيرة لا تريد أن تواجهها، بما يتلصق من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وينال كذلك من حقوق المواطنين وحياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تفسر قانون التفويض في حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور<sup>(١)</sup>.

وكلما كان التفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتسامح غالبا في تخلي السلطة التشريعية -من خلال التفويض- عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسؤوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة المثلقة للتفويض على نفسها -في مجال تطبيقها لشروطه وفهمها لمحتواه- أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فوضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام أمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعلق التفويض بها<sup>(٢)</sup>.

(١) *Greene v McElroy*, 360 U.S. 474,507 (1959).

(٢) *United States v. Rock Royal Co-op., Inc.*, 307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تتسلب جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض ولضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التجهيل بها، بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مده، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تفرط فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الناخبين وتساثلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفرض دستورية التدابير التي تتخذها مثلما تفرض دستورية النصوص للقانونية التي أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفرض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يقوم عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإيلائها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا يناقض الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شؤونها، وإن دل العمل على اتساع التفويض الصادر عنها في المجال الدولي بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التي تحد عادة من حركته في النطاق الدخلي<sup>(١)</sup>.

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موازينها التقديرية إلى جهة خاصة تنقسمها معها، بل إن النظرة العدائية التي تحصلها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفا ثابتا لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة في أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن التدابير لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص في مجال يتناقصون فيه. وصدر تفويض من السلطة

(١) United States v. Curtiss- Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية في هذا الاتجاه، مؤداة تظلي الملطة للتشريعة عن ولجباتها وامتيازاتها<sup>(١)</sup> ولا يجوز تمثيا مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، الملطة للتشريعة في اختصاصاتها الهامة والتقديرية<sup>(٢)</sup>.

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورها الصادر في ١٩٧١ صورتين من صور التفويض: إحداها: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتها: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويض في أوضاع طبيعية، يؤخى أصلا استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم تبأشر الجهة المتفوية للتفويض سلطتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة للثانية من التفويض لها مثالان واضحا، هما المادتان ١١٩ و١٢٠ من الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

### الفرع الأول

#### التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦- هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض يصدر عن

(١) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 537 (1935).

(٢) وقد حكم بطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنع إصدار تراخيص بتداول الخمور دلفل دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة. (Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116 (1982)). ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويض صادر إلى القبال الهندية يخولها -على نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطعن على هذا التفويض، راجعا إلى أن القبال الهندية تجمعات منفردة تحوز بعض مظاهر السيادة على أعضائها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالي مساواتها بالتطبيقات الخاصة.

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأمس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يخول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية قدها الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة انحرافا بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لأزمها وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأسبق من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملا من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، ليمارس صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه<sup>(١)</sup> بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن تكون تنظيمها بقانون<sup>(٢)</sup>.

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها. وسندها في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفا لأحكامه<sup>(٣)</sup> بخلاف أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٢٣ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية عن المحكمة العليا- ١٩٧٦-١٩٧٦.

(٢) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ -ص ٤٥٧ من المرجع السابق.

(٣) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ -ص ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

(٤) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٦ مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ -ص ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من الدستور القائم يفترض أولاً: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانياً: أن يكون هذا التفويض ولقعا عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثاً: أن تكون المسائل التي يتطرق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعاً: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛ وخامساً: أن يعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذ من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة للقانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولاً: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية. ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزة.

ثانياً: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تثل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة فارقنها أو تكممتها، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما واقعتان ماديتان يفترض أنهما لا تختلطان، وإن تعذر ضبط الفواصل بينهما بما يحجزهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالي إلا أن الدستور أراد تجسيم الأوضاع الظرفية التي يصدر التفويض بمناسبة. ذلك أن الضرورة تنقسم دائماً بأمرين: أولهما: إحدق المخاطر التي تقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تنافي الأصل في الأشياء. وهى بذلك استثنائية في خصائصها وطورتها. ومن ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التي تحصل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤده أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطى الضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عمقا، وخطرا، وحدة، فلا تكون الضرورة التي قصدها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بذواتها، يتوخى التفويض مواجهتها أو التحوط لدورها، وأنها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التي هي من جنسها، فلا تكون هذه وصفا مضافا إلى الضرورة مستقلا عنها، بل مندرجا تحتها ومشمولا بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تطبيق جواز التفويض على توافر الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قيل بتداخلهما- إلا أنهما يجبران عن اتجاه قصيد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تنقسم بحتمها وعدم ثباتها، وتعدر التنبؤ سلفا -بالتالي- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير ثلاثتها لها من مرونتها وقايلتها ما يكفل رد المخاطر التي تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالي لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى تزن هذه الأوضاع القاهرة في حتمها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها. فلا تكون الضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالي غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في ألق الأوضاع، وأكثرها خطرا في نوعها، ودرجة إحداها.

ثالثا: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المسائل التي تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التي نص الدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التي اخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها. ويبطل التفويض بالتالي إذا تعلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطرا وأشدّها أهمية، كاتصال التفويض بتنظيم الجوانب الأساسية لحقوق المواطنين وحياتهم.

وليس كافيا بالتالي ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاها السلطة التشريعية أصلا من مهامها، وما لا يجوز لها التفرّط فيه من جوانب مسؤولياتها، يكون مجاوزا ضوابط الدستور.

رابعا: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهي لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للواعة التي يبدأ منها جريانها، وتلك التي تزول بتحققها. ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقا للدستور، إنما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التي صدر التفويض لمواجهة، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتدخل مدد التفويض -حتى مع قصر

كل منها- لتتحول في مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المسائل عينها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو في اليوم التالي مباشرة لانتهاء مدة التفويض الأول.

ذلك أن تدخل مدد التفويض مع بعضها، أو تعاقبها في الزمان، مؤداه أن ينسب زمن التفويض إلى غير حد، وأن يتراخى بالتالي عرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويعين أن يعامل هذا التفويض بالتالي باعتباره غير معين المدة، وباطلا.

خامسا: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتسها مدة التفويض، التدابير التي اتخذها أثناءه، يفترض أن تثير هذه السلطة حوارا حقيقيا حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها بومناسبتها للأوضاع الاستثنائية الملحة التي واجهتها.

ذلك أن تخويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن يدخل إلى سلطة مطلقة يباشرها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التي اتخذها، على ضوء الأوضاع التي لا يستها، ويقدّر حداثها، وإلا صار التدبير مجردا من سببه، وباطلا.

سادسا: أن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة في وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هي المعايير التي تلتزمها السلطة المتناقلة للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انقضاء هذه المعايير أو غموضها، مفض إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها ونقيدها.

سابعا: أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وقوتها هذه تخول رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغيها، وأن ينظم كل الحقوق التي يشملها موضوع التفويض ليا كان نوعها.

وشروط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق لية ضمانتها كلها الدستور لها، أو ينتقصها من أطرافها.



ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لهذه المادة -ولو تطلبها أوضاع استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيدا عليها، فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارجه الأعلى.

ثامنا: حدد الدستور حالتين تزول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذ لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التي كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -في إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعي. وذلك خلافا لنص المادة ١٤٧ من الدستور التي تتعلق بولائح الضرورة والتي تنسحب بزوال الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة في الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، يفترض تقديرها بالشروط التي فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوازمه. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية للتدابير التي اتخذها إعمالا لقانون التفويض، أبان ذلك ضمنا عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كان ينبغي أن تزول هذه التدابير بأثر رجعي، هي وقانون التفويض، إذا كان قد أقر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التي أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقا لقانون التفويض، مؤداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -وبافتراض صحة القانون الصادر به- ليمس البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور أثر أن يتخذ موقفا مختلفا، فلم يبطل بأثر رجعي قوة القانون التي كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حق اعتماد آثارها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الآثار التي رتبها على نجر آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدبير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تظل لها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها. وأيا كان الأمر فإن بقاء قوة القانون تلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يدخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

#### ٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولاً: أن تحديد قانون التفويض للمسائل المفوض فيها، يفترض امتناع التجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانياً: أن لكل تفويض شروطاً شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطاً موضوعية تلبو حدوده الداخلية. وتختصر الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها - بمجرد انتهاء مدة التفويض - التدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وينطاق المسائل التي يتناولها وأمس تنظيمها، والأجل التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثاً: أن الرقابة التي تبشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفيذاً لأحكامه، هي رقابة ملائمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي واجهتها بما يبل على تناسبها معها. وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتها هاتين، رقابة مiasية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعا: أن مدة التفويض تمثل أخطر عناصره في مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انقراط هذه المدة وفراطتها، مؤداه اتساعها وأن يستطيل زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية في طبيعتها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>. فإذا جهل قانون التفويض بالمدة التي يباشر خلالها، أو حدها على نحو من يحتمل أكثر من تسويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بولجياتها، من خلال نظها -بصورة لا اعتدال فيها- جانباً من ولايتها إلى رئيس الجمهورية<sup>(٢)</sup>.

خامسا: أن قانون التفويض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلا في ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالي أن يمارسها في الحدود الضيقة التي حدد الدستور ملامحها، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التي يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما تباشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل في إطارها. وإنما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشؤون التي توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التي تخرج بها كل سلطة عن

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "مستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥ -قاعدة رقم ٢٨- ص ٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بحكم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتحت كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، ويصفه عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية. وقد اعتبرت المحكمة أن لكل تفويض ميعادا معلوما لا يقل بالضرورة بوحداث قياس الزمن المادية كالشهر والسنة، وإنما يجوز أن تتحدد مدة التفويض على ضوء معيار عام كانهاء المعركة بين مصر وإسرائيل. وما قرره المحكمة العليا على النحو المتقدم محجب. ذلك أن المقصود بمدة التفويض، هو أن ينحصر في آجال زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يحل رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فوضت فيها لأجل لا يبنو لها من نهاية في المنظور القريب.

(٢) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٩؛ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا

للطلاق الطبيعي لوظيفتها. وعليها بالتالى أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفا للدستور<sup>(١)</sup>.

مادسا: إذ تفر السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التى انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التى قصدتها من التفويض فى إطار السياسة التى تتوخى تنفيذها من خلاله.

نلك أن هذا التحديد -بمناصره المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عونا كافيا يبصر به حقيقة المهام التى كلفه التفويض بتنفيذها.

سابعا: لا يعتبر رئيس الجمهورية فى تنفيذ لقانون التفويض نائبا عن السلطة التشريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذه من التدابير تطبيقا لأحكامه.

ثامنا: الأصل فى التفويض بالاختصاص، أن يكون مباشر الأثر. بما مؤداه حظر مسريان التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لأحكامه بأثر رجعى يرد إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى القيود التى تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

### الفرع الثانى

#### التفويض فى غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- وفضلا عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عام فى مجال التفويض مقيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى التفويض طبقا لأحكامه غير رئيس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقا لنص هذه المادة إذا لم تفر السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها؛ فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ٢/١١٩ من الدستور، يخلان فى صور التفويض الخاص التى لا تنكيد بشروط التفويض المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور.

(١) "مستورية عليا" -القطبية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٥-ص ٣٣٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها. انظر كذلك القطبية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٣-ص ٤٢٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتسم بخصائص محددة هي:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.
٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.
٣. أن السلطة التشريعية لا تتخلى به عن المبادئ التي تناولها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد ببقائها للسلطة التي تتلقى التفويض منها وفيما يلي بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ١١٩/٢ من الدستور.

### أولاً:

#### نص المادة ٦٦ من الدستور

٤٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، ويقانون تفرده وفقاً للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور خولها أن تقر قانوناً متضمناً أمرين:

أولهما: بيان الخطوط الرئيسية للتجريم في أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة في ذلك للدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تتبارح من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح التجريم كـ مجال محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض في حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ودائراً في إطار قانون صادر عنها<sup>(١)</sup>.

وإذ تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملاً بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-قاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

واستهدافا للصالح العام؛ فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجال تطبيق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ من هذا الدستور<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً:

#### الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فترتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء المالية، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالي أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تنقيذ بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر اللوالبية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنها تخول السلطة المطلقة للتفويض -ولو لم تكن هي رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التي ليس لها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التي اتصل التفويض بها وفق القانون الذي حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها في ذلك، شأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أورده الدستور، متضمناً تقييد العام، فلا يكون دائراً إلا في إطاره<sup>(٢)</sup>.

#### ثالثاً:

#### الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ٢/١١٩ من الدستور

٤٠٤- وإذ تنقيذ السلطة التنفيذية نوما في مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها -سواء في ذلك ما تقره

(١) 'مستورية عليا' القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية 'مستورية' -جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) Bowen, Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محوط العلائق القانونية، وما يلابسها -في الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التي تضمنها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

### الفصل الرابع والعشرون

#### شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٤٠٥- وإذ كان إمتداد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالغلة الأهمية في التطور الديمقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل الفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يؤثثون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهتها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على الشرعية الدستورية للقواعد التي تحدد على ضوءها الأشخاص الذين يحق لهم التذاعى أمامها، وبمراجعة أن موقعها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإقراط في تقرير الصور التي تستتبع فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقبض يدها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إرفاقها في تقرير أحوال قبولها قد يبسط رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقياً بالتالي أن توازن الجهة القضائية بين ما ينجم من مضار عن إنكار حق المدعى في الحصول على ترضية قضائية يستحقها<sup>(١)</sup>، في إطار الخصومة الدستورية التي تختلط ملامحها السياسية بعناصرها القانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترضية في غير موجباتها، لتتحل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -وبغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تباشرها للجهة القضائية فصلاً في دستورية النصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن القضاء المقارن أقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جدراً فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يخول هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية تنم رفعا إليها قبل الأولن، صالر الفصل فيها مجردا من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لقوها بالتدابير والتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية احتدم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطنعوها.

(١) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].



والحق أن الخصومة في هذه الفروض جميعها يحيط بها أصل عام مؤداه انتفاء ضرورة الفصل في المسائل الدستورية المنازعة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من مآق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد ماثلاً في هذه الخصومة غير خصم واحد<sup>(١)</sup>.

---

(١) أو أن شخصاً قضى بتبرئته من التهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم البات ببرأيته يكون قد أخرجه من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، ولو للفصل في مسائل قانونية. ذلك أن الدعوى الجنائية أن يكون مثلاً فيها غير طرف واحد، هو النيابة العامة. وإن يكون رأى المحكمة في هذه المسائل القانونية غير رأى استشاري.

### المبحث الأول

#### خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاء الشرعية للدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملاً منفصلاً عن الوظيفة للقضائية، وإنما يدخل في صميم بنائها. ولئن كانت الوظيفة القضائية ملبية بطبيعتها؛ فإن ما يستتبعها ليس مطلق الخصومة القضائية. وإنما هي الخصومة التي يكون عنصر النزاع ماثلاً فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتتلقضها بصورة حقيقية لا تخيلية Speculative.

وإفراغ هذه المصالح -التي يتجاذبها أطرافها- في شكل الخصومة القضائية التي يتكافر الخصماء فيها في موقفهم من الحقوق التي يطلبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتناحرون في الدعائم التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التي يقول بها<sup>(١)</sup>.

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء في الخصومة الدستورية، إلا غراء تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتتفرق توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تفصل جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتهما؛ ولا بافتراض أنهما مسئولان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيهما صلباً عنها. وإنما تقام للخصومة الدستورية أمامها فصلاً في الحقوق التي يقال بأن النصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتا بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقاً وحيداً للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تتعلق هذه المسائل بها.

(١) شرط تنازع المصالح وتغالفا في الخصومة الدستورية، من الشروط المملم بها في القضاء المقارن. انظر في ذلك:

Smith v. Indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v. West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Johnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonpass v. Bell, 180 U.S. 276 (1901).

ولا يجوز بالتالي أن تتجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون للفصل فيها قد صار عقيماً؛ ولا أن يكون النزاع مختلفاً مدبراً؛ ولا أن تكون حلقاته لم تكتمل؛ ولا أن تتأبى المسائل التي يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائياً فيها.

فكلما قام الدليل على أن دور المدعى في الخصومة الدستورية التي رفعها، كان ضئيلاً<sup>(١)</sup>؛ أو كان قد توهم واقعتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتطرق بها ترضية قضائية أيا كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية في هذه الفروض جميعها، لا تتوافر أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها -قد تعمد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانوناً- أن يطول أمد النزاع؛ أو أن يكون قد بادر من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التي تستهض الفصل في المسائل الدستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

(٢) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص واقع هذه القضية في أن طالباً زنجياً كان مهدداً بالقبض عليه لو أنه جلس في المكان المخصص للبيض في إحدى الحافلات. غير أنه قبل مخاطرة القبض عليه، واتخذ -متحدياً- مكاناً في مقاعد البيض في الحافلة، ليثير الخصومة الدستورية ويحركها.

### المبحث الثاني

#### الخصومة المختلفة بالتكبير والتواطؤ Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعينها في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا بصطنعتها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تلقى لها Peigned cases؛ بقصد الفصل في مسائل تعينهم<sup>(١)</sup> أو لإظهار سخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع في الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شأن لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التظهير والتأصيل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإنكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناطق اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عنوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التذاعى لطلبها في صورة جازمة، ومن خلال التناطح عليها مع السلطة التي جحدتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العدوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون تراوحتها ممكنا.

وتلك هي الخصومة القضائية التي ينافيها أن يكون النزاع فيها مديرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل مفتحلا، لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجفلة لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها المودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يجنوز قبولها<sup>(٢)</sup>.

(١) Lord v.veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

(٢) وليس بشرط لو وصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون الحياء الشديد قد استحكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفي أن تتناقض مصالحهم وتتصادم في شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط احتكالم للتنازع بين المصالح في الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة في اقتضاها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية في محصلتها النهائية التي تمثل الفائدة العملية التي يتوقعون اجتنابها منها، وهي فائدة لا شأن لها بطبيعة المسائل الدستورية المثارة فيها<sup>(١)</sup>. يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطتين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالي أن تطلق العنان لولايتها بأن تفصل في خصومة دستورية في غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالاً بمبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين. ومن ثم كان شرط المصلحة الشخصية محركاً للخصومة الدستورية، ودالاً على توافر شرائط الفصل فيها<sup>(٢)</sup> بل إن اقتضاء هذا الشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبار أن التحوط من القيود عليها<sup>(٣)</sup> Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والاتساع.

(١) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(٢) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).

(٣) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

### المبحث الثالث

#### الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوفر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الخصومة الدستورية ليس فقط ولت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها<sup>(١)</sup> ذلك أن الخصومة الدستورية التي يجوز قبولها هي الخصومة القائمة والمستمرة Actual and ongoing case والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعيها أطرافها. فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفض الخلاف حولها إلا بإزالة حكم الدستور عليها. وهي بذلك لا تتناول واقعة فرضية. ولا بذلك يكفي بالتالي لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع متوجهاً حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً A live، دل ذلك على أن تفسيراً طرأ على واقعاتها أو على حكم القائلون بشأنها<sup>(٢)</sup>، ولأن من شأن هذا التفسير ألا يتقضى لرفعها مصلحة في اجتهاد الفائدة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصبح الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يفترض انقضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقيمة غير منتج بالنظر إلى طرؤه أحداث عليها كان من أثر متابعتها من الناحية الزمنية؛ تجريدتها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، يجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه.

والتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يعتبر منها لها، وحائلاً دون اقتضاها عن طريقها.

(١) E.g. Untied states v. Munsingwear, 340 U.S. (1950); Groliden v. Zwickler, 394 U.S. 103 (1969).

(٢) Hall v. Beals, 369 U.S. 45 (1969); Sanks v. Georgia, 401, U.S. 44 (1971).

(٣) Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S. 472 (1990).

بما مؤدها أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاء، ولا يكفي بالتالي أن تتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعى في الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى الفصل فيها<sup>(١)</sup>.

فإذا علق المشرع مباشرة المواطنين لحق الاقتراع في الدائرة الانتخابية التي يقومون فيها، على شرط إقامتهم بها المدة التي عينها. وكان شرط المدة متوافرا في بعضهم ومتخفا في آخرين منهم. فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توافرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر ملهيا لهذه الخصومة.

فإذا أصرت جهة الرقابة القضائية على مواءمة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكما في خصومة؛ بل رأيا استشاريا يتناولها من منظور مجرد، ولا يكفل غير مصلحة نظرية ببلورها مجرد بيان حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي أثارها هذه الخصومة. وهو ما ينافي حقيقة أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائيا فيها، هي تلك التي يظل النزاع فيها قائما ملتهبا، ومتصلا بين أطرافها<sup>(٢)</sup>.

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- يجب أن القاعدة التي تقضى بوجود أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن القضاء أجاز الخروج عليها في أحوال استثنائية وهي:

أولا: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقما، إذا كان ثمة أساس معقول للقول بأن الأضرار التي رتبها التصوص المظنون عليها، قد تعود بد انقطاعها، ليتعرض ثانية لها المدعى في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها Capable of repetition؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائيا في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

(١) Aetna life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(٢) Kremen v. Bartley, 431 U.S. 119. 128 (1977); See also, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملة عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم في دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكان ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة في الإجهاض منقضا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بغير ذلك مؤداه أن نترقب حملا جديدا حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية، التي إن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتكرر المرأة الحامل في حلقة لا نهاية لها. ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهياة بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل؛ وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتها. ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقدير أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية ألفاسها، ويعيدها إلى الحياة<sup>(١)</sup>.

(١) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

وبالحظ أن المرأة الحامل في هذه الدعوى كانت قد رفعت عام ١٩٧٠ دعواها الدستورية التي تطعن بها إلى دستورية تشريع الولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قسبي هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أي بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد انتهى. ولو أن شروط القبول في جامعة، تميز بين طالبها بالنظر إلى لونهم؛ وكان المدعى في الخصومة الدستورية -وهو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى في الرفع الأخير من السنة النهائية لدراسته بكلية الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته في دعواه هذه تكون منتفية إذا كانت الجامعة قد تعهدت بأنها لن تلغى قيده بها أيأ كانت نتيجة الفصل في دعواه هذه. ذلك أن هذا التعهد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا في دعواه، ولن تلحقه بالتالي أية مضار يتصور أن يدفعها بها.

See De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).



Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون محاميا أو طبيباً أو حرافياً ويدخل بذلك في عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهنيين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحداً من مجموعهم وداخلاً في طبقتهم فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطاً تنظم شأنها من شأنهم فإن استنفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقي من أفراد طبقته، لا يجعل دعواه منقضية<sup>(١)</sup>. ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقته في مجموعهم، إذ هو من بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلاً لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا زالوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يعتبر نزاعهم مع هذه الشروط منتهياً، بل حياً وقائماً، لإخلالها بالحقوق التي يطلبونها<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن إلغاء المشرع للنصوص القانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعى، لا يجعل دعواه الدستورية منتهية لعدمها.

ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بكاملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقته للدستور، عملاً صادراً عن الجهة الإدارية. ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختياراً Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل في دستوريته، ما لم يقدّم الدليل على انتفاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكرارها<sup>(٣)</sup>. فإذا كان احتمال

(١) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

(٢) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action لأن المشرع تطلب من اللخب أن يكون مقبلاً في دائرته الانتخابية مدة سنة على الأقل مثلاً. وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية طاعاً في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم استوفها بعد رفعها، فإن دعواه لا تصير منقضية. ذلك أن غيره من أفراد هيئة الناخبين في هذه الدائرة لازالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى -وهو يمثلهم ويختبر دائرتهم عنهم بوصفه واحداً منهم- أن يستمر في دعواه، فلا يقضي بعدم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacobs, 420 U.S. 128, 130 (1975).

(٣) United States Comm v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختياراً عن المضى فيه، لازال قائماً، فإن الخصومة الدستورية التي تتلزع في دستورية هذا الإجراء، لا تنقضى<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية، لا تعتبر عقيمة ولو كان المدعى فيها قد نفذ الحكم الذي دانه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثاراً جانبية تلازمها وتقايرها Collateral consequence، إذ تظل للمدعى مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق المياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كسابقة في دعوى جنائية لاحقة<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أيدل المشرع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة تحل محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها والقعا بأثر مباشر. ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى إلغائها. فإذا أحل المشرع محلها قاعدة جديدة، تعين تطبيقها اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وإعمال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتداخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلك أن لكل منهما مجالاً زمنياً لسريانها، فلا تتدثر الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعى في الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها<sup>(٣)</sup>.

٤١٢- وسواء تعلق الأمر بانتضاء الخصومة الدستورية لزوال موضوعها، أو باستثناءاتها التي تقيد من إطلاقها، فإن للضرورة العملية هي التي توجهها، فلا تميل جهة الرقابة القضائية على

(١) United States V.W.T. Grant co., 345 U.S. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95, 100- 01 (1983).

فلو كانت الشرطة تحذب مثلاً الأشخاص الذين يتنقلهم أو تقبض عليهم، فإن توقفها عن ممارستها هذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

(٢) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York , 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

(٣) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٧/٣ -قاعدة رقم ٢٣- من ٢٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق "دستورية" -جلسة ١٩٨٢/٧/١١- من ١٣٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

الاستورية إلى تقييد قاعدة انقضاء الخصومة الاستورية إذا كان هذا التقييد أن يكون مفيداً في توقي المنازعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما اقترن إنكار حق المدعى في الخصومة الاستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الاستورية لا تحكم بانقضائها.

مبدأ: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الاستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنتظر جهة الرقابة على الاستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

### المبحث الرابع

#### الخصومة الفرضية أو المجردة

#### Hypothetical case

٤١٣- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم Definite and concrete شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يختلقها أطرافها، ويتولفون على تكبيرها لإعطائها صورة لا تكل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يثير مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يوهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاء الشريعة الدستورية لا يعتنهم الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها. وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان<sup>(١)</sup> حكم الدستور في السهواء A mere declaration in the air. وهم لا يصلون كذلك في طعون تنطق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية -وبصفتهم للشخصية- لية مضار واقعية؛ ولا في نصوص قانونية لن تخل بأية حقوق يملكونها<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي النظر في لية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام الباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرارا فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهما أو شديكا؛ قلنا أو مظلونا على خطر الوجود؛ محققا أو راجعا؛ أنيا أو مستقبلا. ذلك أن ولاية قضاء الشريعة الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تنتم بحدتها ويتضادها وتخالفها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غرما يتباينون فيما قصده منها، ولا يتولفون في أهدافهم بشأنها.

(١) Giles v. Harris. 189 U.S. 475, 486 (1903).

(٢) Muskrat v. United States 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن بحقوق شخصية يدعونها، وينلجزون خصومهم في سعيهم لطلبها وتوكيدها.

#### ٤١٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا

> حيثما شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تقوم ولايتها. فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه. بما موده ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم كان وشيكاً يهددهم. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، علناً في مصدره إلى النص المطعون عليه.

فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، أن يحقق للدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشؤون التي تخيهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما تبشّر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم - بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عليها

تراخيا. ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع فى دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تكون وجودا وعما مع تلك الأضرار التى تستلج بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو مفتحلا أو مجسدا in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالأصل المطعون عليه، وألا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -وكأصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم بل يكفل أصلا إنفاذ تلك الحقوق التى تعود فائدة صونها عليه In Concreto<sup>(١)</sup>.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الخامس

#### الخصومة التي لم يكتمل نضجها

#### Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقيم الخصومة الدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها في أولها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالي لأية خصومة أن تستبقى أولاً للفصل فيها. وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقاً لقانونها، لتصدر فيها حكماً لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مرده أن مثل هذه الخصومة لن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرفعها.

ويتعين بالتالي -وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة الدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، لئلا يجتمع هذه العناصر على أن هذا السزاع ليس متوهمًا ولا منتحلاً، وإنما يمثل خصومة محكمة بين أطرافها. فلا يكون توقيت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها موافقاً<sup>(١)</sup> The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم يتحقق بعد. شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن الثمار التي لا يأكلها أحد قبل أن يحن قطفها<sup>(٢)</sup>

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضرورياً لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حدة التقادم التي بلغت.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها هي التي تطرح عدواناً حكومياً فعلياً على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان المدعى قد

(١) يقصد بالخصومة القضائية تلك الادعاءات التي يطرحها المتقاضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التي يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إنفاذ الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re Pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

(٢) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضير من جراء هذا العدوان. فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضا جدليا قد لا يتحقق على الإطلاق A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations. ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضروريا لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يحن ألوان رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كافية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالى التركيز على طبيعة المسائل التى تطرحها الخصومة الدستورية للنظر فى موثاقه الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال Too remote ، أو قائما على محض الصدفة Too contingent ، أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها فى صورة مجردة Too hypothetical for adjudication موداه أن الخصومة التى تطرحها تستيق ألوان الفصل فيها. ويتعين دوما أن ننظر فى اكتمال بديان الخصومة، إلى كلفة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتعلق الطعن بعدد من النصوص القانونية يكون الفصل فى بعضها فقط موثاقا. وجندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضر من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن يجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر فى هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل فى دستوريته يكون محظورا<sup>(١)</sup>.

وتتقيد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط ألوان الخصومة حتى فى مجال انتقائها لنوع الترضية القضائية التى توفرها لرفعها. فلو أن أشخاصا كان قد قبض عليهم ثم أطلق سراحهم، فإن الخصومة التى يرفعونها لتوفى احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أولها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل<sup>(٢)</sup> Speculative future harm.

كذلك فإن النصوص القانونية التى يتحدد على ضوئها ما إذا كان شخص معين يستحق معذرا عقليا، لا يجوز الطعن بمخالفتها للدستور قبل بدء تطبيقها فى حقه. وكذلك الأمر فى شأن كل ضرر يكون تصوريا Speculative.

(١) Communist Party of the United states v. Subversive Activities control B d., 367 U.S. 1, (1961).

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).



ولو أُدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ما، وكانت إحداها تنالض الدستور، فإن الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا في أحد السجون لتتفخذ العقوبة للتقى لا نزاع في دستورتها.

ويتعين بالتالى للقول باستواء الخصومة الدستورية على قمتها، ورفعها بالتالى فى أوانها، أن تذل النصوص المطعون عليها -بأثرها- على تدخلها فعلا فى شأن يخص رافعها Actual Interference.

فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها أن يتعلق بغير مسائل مجردة فى طبيعتها، وإن يتصل بالتالى بحقوق يطالبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاء الشرعية الدستورية لا يبشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتقارر عدوان على حق أو حرية ظاهرة أبعاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تدخل قائما فى هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

وبدون ذلك لا تبلور الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقى، وإنما تكون واثقاتها غير متطورة بدرجة كافية فى مواجهة أطرافها، وتطلق المسائل التى تطرحها ليشوبها للتجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تخيلها أو توقعها فى صورة مجردة، فلا يكون ميلاد للخصومة مكتملا بها .Not fully born.

ويظل الأصل فى كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها، وينطاق المسائل التى تطرحها للفصل فيها، وتطابق بالضرورة بعنوان قائم على أحد الحقوق التى يكفلها الدستور.

فإذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل فى شئون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة شخصية Subjective Chill فإن الفصل فى دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاة الشريعة الدستورية أن يوجبوا حكماً تقييدياً A declaratory judgment في شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصمين دون الآخر. ذلك أن الأحكام التقريرية، وإن جاز تشبيهها بالأراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبراً، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء في تطلُّها بخسومة فعلية تنتقض من خلالها مصالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيها بينهم<sup>(١)</sup>، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خسومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفي مجال الفصل فيما إذا كانت الخسومة الدستورية قائمة على عناصر مكتسبة، أم أن ألوان الفصل فيها لم يحن بعد، يتعين التمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتها Self- executing Provisions، وبين نصوص قانونية لا تغل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم.

ذلك أن النصوص القانونية النافذة بذاتها، هي التي يكون مجرد سريانها كافياً لإجراء آثار تناقض مصالح المخاطبين بها Adverse effect ولو لم يجر تطبيقها في حقهم. وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها ببدء أفعال تعينها أو الامتناع عن أفعال تهاجم عن القيام بها، وإلا حق عليهم الجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقرار المشرع لهذا النوع من النصوص يريد ملبا على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الداهية التي تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص الجنائية تؤثم الأفعال أو صور الامتناع التي حددتها. والمخالفون لها يعاقبون جنائياً عن كل فعل أو امتناع لا ينقذ بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز اللطعن عليها من خلال الخسومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيقها في حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشخصها في مواجهتهم يلحق بهم أضرار المخاطر التي تتصل من حقوقهم وحياتهم. ولا يتصور بالتالي أن يترص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عيسها، زارتكلمهم بالتالي لجريمة منعهم المشرع من الإقدام عليها، حتى تقبل الخسومة الدستورية التي يجحدون بها دستورية هذه النصوص<sup>(٢)</sup>.

(١) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23.

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co. 272 U.S. 365 (1926); Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

وحتى النصوص الجنائية التي لم يجر تطبيقها فى حق المخاطبين بها لمدد استتال زمنها Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للمستور<sup>(١)</sup>

كذلك فإن القيود التي يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه القيود فى شأن رافعها<sup>(٢)</sup>.

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور تطلبة الذين لا يلحقون أبناءهم بالتعليم العام، فإن من شأن سريان هذا القانون، أن ينطبق للتعليم الخاص أمام الأبناء، وأن تنطبق معاهد هذا التعليم أبوابها في وجههم، فلا يلجأ أحد منهم<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطوقا على مخاطر لا يستهان بها يتهدد بسببها القانونيون على شئون التعليم الخاص. وهي مخاطر لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدستورية يرفعونها لإتهام وجود ذلك القانون، خاصة وأنهم يظنون مهدين بالعقوبة التي يفرضها، ولو لم يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطا مبدئيا لقبول الخصومة الدستورية التي يسعون من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمهم بإحاق أبنائهم بالتعليم العام، إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم تريض الدعوى الجنائية وترقبها، حتى إذا دامت، طرحوا مناعهم على هذه النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية - وكفاح فيها - وهو ما لا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقيهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقت صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تبسم هذه النصوص<sup>(٤)</sup>.

(١) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

(٣) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٤) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908); Backard v. Banton, 264 U.S. 140 (1924); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنظر إلى الخصومة الدستورية -في الصور التي أسلفنا بيانها- بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير العدل ومما يجافى المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أقر قانون ما في حقوقهم والتزاماتهم، على مخالفة هذا القانون، والتعرض للعقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم ببطلان هذا القانون.

إذ لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يناهضون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها؛ ولكان عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامه، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يبرر عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون<sup>(١)</sup>.

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية مترافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها سيوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين -بالعقوبة- التي فرضها -تدريس مادة بذاتها؛ ولو كان هذا القانون قد ظل مهملًا مدة طلال زمنها؛ وكان ثابتًا كذلك أن اتهامها لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشرع سيفها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى العصاة. فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة المدعى العام التي لا يجوز معها

(١) ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كيران موضوعها أن قانونًا صدر في شأن موظفي الدولة يمنهم من الاضطراب في الأعمال أو الحملات السياسية تحت طائلة الجزاء الجنائي. وقد أعلن المخاطبون بهذا القانون، عن عزمهم على القيام بالأعمال التي يحظر المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم ينصحو عن طيبة الأعمال التي يلويون القيام بها، أو سروع الآراء التي يريون إعلانها لدعم موقفهم، ووسائلهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمرا An injunction يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد انتهت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تدل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أخلوا بذلك القانون، وأن دعواهم بالتالي لا تزيد عن طلبهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة مجردة، فلا تتوافر الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

القول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص النافذة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحررياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يرتد سلبا عليها، مدنيا كان هذا القانون أم جنائيا<sup>(١)</sup>.

٤١٧- وقد تتعدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتملا في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يخل نتيجة أصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في إحداها مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعاً أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الترضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها. ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أوانها، كذلك التي تتوخى مواجهة أضرار مستقبلية تخيلية<sup>(٢)</sup> Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل للخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقيق واقعة معينة تعطيها حيويتها، وتنبأ بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعويض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استفادهم لكل الطرق المفتوحة أمامهم للحصول على هذا التعويض<sup>(٣)</sup>.

(١) Norman Redlich; Bernard Schwartz; John Attanasio, "Understanding Constitutional law", 1995, pp.24-28

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

(٣) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغیر مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تقبل منهم دون حاجة للخوض في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين بصورة أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام، كلما كان الضرر قائما على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد. *A mere possibility in remote future* فإن الطعن على النصوص القانونية المدعى تطلق هذا الضرر بها، يكون مستيقا لأن الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها. ومجرد تصور هذه الأضرار، أو حتى توقعها ليس كافيا، باعتبار أن ملطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلا، أو كان القول بوجوده تحزيا، أو كانت الأضرار المدعى بأن التدخل قد رتبها، محددة تحديدا عاما بما يجعل تحقيقها، وينسبها إلى من يدعون أنها أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أولتها. ذلك أن الأضرار التي يدعيها تباور صعوبة *Hardship* يطمعون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجليها، وبشكل اتساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها *Fitness of the Issues*.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تتناقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر الطعن على جوانبها التي أصير الطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائعها، ولا المصالح الماثرة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها، وأنوع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بيانها وإيضاحها سواء في طبيعتها أو أبعادها - خافيا.

على أن واقعة المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في أوانها بدونها، لا يعني مثولها وطولها بعناصرها جميعا، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية الماثرة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبالية<sup>(١)</sup>.

وقد تكون الطبيعة للقانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها للخصومة الدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضروريا، ولو كان أكثر فائدة<sup>(٢)</sup>. ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن؛ وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بدنها، إلا أن أحداثا لاحقة قد تسحق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة؛ وقد تنتهي في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تنهيا للخصومة للدستورية أسبابها التي تحتم الفصل فيها.

وينبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة للدستورية، قد يعرض رافعها لمخاطر لها شأنها. ويقتدر حدوثها ومداها، تقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو التراخي في نظرها<sup>(٣)</sup>.

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985).

(٢) Pacific Gas and Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلاحظ أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة في الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفة أو تغلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلائقية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531-33 (1966).

(٣) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي النظم الفيدرالية، تحرص المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقاتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور. ذلك أن محكمة الولاية قد تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها On its Face، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستورتها دون أن تتربص قضاء محكمة الولاية في شأنها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Zwickler v. Koota, 389 U.S. 241. (1967).



### المبحث السادس

#### انتقاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية

#### Advisory Opinions

٤١٨- لا تتغيا الخصومة للقضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منها لها وعلى الأقل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداها عليها، وذلك أيا كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تدعو أن تكون طلبا للفيتا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعقدها واتساعها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعمق اجتهاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بلفتائها، وبمراجعة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة للقضائية المحايدة في المسائل التي تطرح عليها - لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتألف لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا اختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون إيدؤها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الرسالة التي بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتي طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة Jay، تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابتها إلى طلبه

Correspondence and public papers of jahon joy, H.johnston rd. (New York : (1893)486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تختص بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تنصل الجهة القضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم بشأنها فلا تنصل الجهة القضائية في غير الخصومة Antagonistic claims actively presses<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن مودى الوظيفة القضائية التي تبشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تنصل هذه الجهة علانية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أدلتهم؛ فلا يكون الفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة القضائية واقعا وراء جدران حكم إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها؛ وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعتمد إلى إغفاء بعض عناصرها أو تحويرها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حيدتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل قسماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مغلوطة في وقائعها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إيداعها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القبول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إيداعها- معلقا على موافقة السلطة التي طلبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريرا لحكم القانون في مسائل لم تطرح على

(١) Alabama State Fed'm. of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450,461 (1945); United States v. Evans, 213 U.S. 297, 300 (1909); Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملاحمها التي لا يكشفها غير تنازع المصالح وتطاحتها من خلال الخصومة الدستورية<sup>(١)</sup>.

فضلا عن أن إرهاب جهة الرقابة على الدستورية بالأراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد يصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قاتمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تمتثل بنفسها عناصر المسائل التي يتعلق بها رأيها، وإنما تستغل السلطة التي عرضتها بتحديدتها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بحقائقها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بياناتها لأبعاده تعبيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا مثيل لها ببيان حكم القانون في المسائل التي طرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتعلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتاوى، يعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأعم من الدول. ذلك أن الأراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراءتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها. فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتنافسها التي يتجانبها أطرافها *The Legitimacy of Balancing Competing Interests*. ذلك أن الأراء الاستشارية لا تصدر في غير وقعاتها التي صورتها

(١) United States v. Freuhauf. 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السلطة التي طلبتها<sup>(١)</sup> فلا يصححها أحد في وصفها لها، ولا يطرح من الدلائل ما يناقضها.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم *Antagonistic claims actively presses*، هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يحتل اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القائلون بشأنها، منشأ لخصومة ودية، ولا طلباً لأراء استشارية تستر وراء الخصومة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالي أن توجه نصيحة للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أيما كان قدر السؤال المطروح عليها، أو نوع المصالح التي يتعلق بها<sup>(٣)</sup>.

(١) كان الرئيس الأمريكي واشنطن قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تنتهبه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتعلقة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوربية لعام ١٧١٢، إلا أن رئيس المحكمة Jay رفض ذلك بإصرار، قائلاً بأن المسورة التي تبديها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه Jay إلى رئيس الجمهورية. أنظر نص الرد في:

Schwartz, A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 (1948).

(٢) *Ins. v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

(٣) *Chicago 2 Sothern Air Lives v. Waterman Steamship Corp.* 333 U.S. 103 (1948).

### المبحث السابع

#### امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها

٤١٩- توجب المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، ولوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن الدعوى الدستورية -سواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، للنصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور؛ أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقامتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع إبداء خصم أمامها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وفدّرت هي جديته -فإن كلا من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بياناً بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلاً صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتعين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم نفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددًا تحديداً جلياً، وأن يكون لأطرافها -بما فيهم الحكومة المعتمدة بقوة القانون طرفاً ذا شأن فيها<sup>(١)</sup> - حق الدفاع عن مصالحهم وإبداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإبداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعى في الخصومة الدستورية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

إذ بخير هذا البيان، لا تنهياً للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة إبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

(١) ورد هذا الحكم بالفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها -بعد انتضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثم إيداع تقريرها فيها مشتملا على جوابها الواقعية ورأيها في إبعادها القانونية والدستورية<sup>(١)</sup>.

#### ٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولاً: أن موضوع الخصومة الدستورية، وأن تطلب لتحديد بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وترابطها في سياق جمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -على ضوء نظرتها الموضوعية لبيان الخصومة الدستورية ومراميتها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -على ما جرى به فضاءها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان ببيان عناصرها -ومن خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها، وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة في ذلك بمواطن التعارض التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

(١) تنص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: <كل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوما لتالية لانتهاه الميعاد المبين في الفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التفتيش بمذكرة خلال الخمسة عشر يوما التالية.

(٢) أنظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" قاضية رقم ٤٣ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور - على ما جرى به قضاؤها - تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها، وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيبها دستوريا، أو إلى قيام مآخذ عليها لمخالفتها الدستور، فإنها لا تنفع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حدثتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء للنظرة المتكاملة لأحكامها، لتجدد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا يتقيا إلا تأكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاها من نواحي العوار في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو قاطعا في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بياتها<sup>(١)</sup>.

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحيل مسائل دستورية بذواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك ينبغي أن يكون جازما، منبثا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تتبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها القانون.

ذلك أن المسائل الدستورية التي نثيرها، قد تكل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتعين مواقعها.

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٤٣ - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - ص ٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية المطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلالاتها، يحلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين ينزعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحلون ضمنا إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتمثلة مراكزهم القانونية، يستهضون بحكم الاقتضاء العقلي مبدأ تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطلان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم بالضرورة- على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخلوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلا تحديد موضوعها بما لا تجهل فيه. يؤيد هذا للنظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشكالية كثيرا ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمنان حرياتهم التي كتفلها الدستور.



ثانيهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، كلما كان تحليل عناصرها الواقعية والقانونية، واستفراغ كل جهد في مجال تقييمها، كافلا البصر بحقيقتها، وتجليه مقاصدها بما يحق للأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

---

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا لم يسم القائلون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

### المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقاً

للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تفصل في غير خصومة تتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

ونطبق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما تفردان به من الشؤون التي عهد الدستور إليهما بتسريتها.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز للفصل قضائياً فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق اتصالها بها في أحوال بعينها حددتها المادتان ٢٧ و٢٩ من القانون، وبيانها كالآتي:

أولاً: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه والتي تقدر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور- إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها. بما موزده أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقيام شبهة مخالفتها بأن عواراً دستورياً قد شابها. وهي تفصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تتعمق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحياً لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهي قاعدة تحدها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، وتفيد الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ الدستور.

ثانياً: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص للقضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفاً إيجابياً، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يثير أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان منعا ظاهراً للبطالان، أو قائماً على شبهة لها أساسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعا جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص للقضائي بحذف الخصم الذي أثار المسألة الدستورية - خلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة الأشهر - برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها النصوص المطعون عليها. فإذا لم يتم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعدم الأثر بالتالي.

وكما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى ما لا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقرراً بقاعدة أمرة نص عليها البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقيد بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها.؛

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من بينهما المدة الأطول. وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداءً. إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيداً معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها؛ وأن يكون قرارها بمدد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتدخل معها وتعتبر امتداداً لها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٥ - ص ٧٠٤ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

وأيا كان الأمر، فإن كل ميعاد -وعلا ينص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجريا للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، فإذا كان الميعاد منتهيا بعبطة رسمية، امتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ في شأن ميعاد رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعاد لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها الدفع بعدم الدستورية محركا لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يعتبر من قبيل مواعيد السقوط التي يعرفها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيدا بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكدًا جريدها إلى أن تبلغ نهايتها دون أن تعرضها عوائق أيا كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو انقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد السقوط جميعها أنها من عمل المشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدرا مباشرا لها.

ولارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداه، فنقضه هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بقولتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لحكم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رفعها على ترخيص ثان من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها النزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يعتبر من قبيل الدفوع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثير لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفوع التي لا يجوز إيدؤها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالطها وقع ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٩٦١ "دستورية" -جلسة ٢ فبراير ١٩٦٦- قاعدة رقم ٢٢-ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد تحراء. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصوصية قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التدرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحاً لأعلىها على أنها، وتطبيقاً للدستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. يؤكد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين تراحمنا فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي اطراح القاعدة الأدنى بتدر تعارضها مع القاعدة التي تعلوها.

فإذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة التعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وبين نص في الدستور، أن تستوثق مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحيل القاعدة القانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في دستورتها؛ وإما أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقيم دعواه الدستورية فصلاً في تعلقها أو تعارضها مع الدستور.

فإن، هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام الشبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيتها في نظر هذا النزاع، لا بدو أن يكون تطبيقاً منها للقانون على الدستور.

فإذا تعلق الأمر بمحكمة للنقض -التي اطردها قضاؤها زمناً طويلاً على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الدفوع الموضوعية<sup>(١)</sup>- فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداة بالضرورة نقضها الحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - طعن رقم ٤٠ سنة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - طعن رقم ١٤٣١ سنة ٥٠. ويلاحظ أن محكمة النقض عطلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه بعد أن انقسمت دوائرها إلى موكيد الطبيعية الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، موداه التزامها بالنزول على أحكامه وفقاً لترتيبها في مدرج القواعد القانونية. والدستور على قمتها.

ثالثاً: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعاً، في أن تحيل نفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها - وعلى ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها- في التصدي لدستورية أي نص قانوني يحرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

وتلك هي رخصة التصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض النزاع على الاختصاص أو للتكليف بين الأحكام النهائية وفقاً للمادتين ٣١ و٣٢<sup>(١)</sup> من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقاً لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة الدستورية هذه للرخصة إلا وفق الشروط التي حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستورها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائماً أمامها.

ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعي في مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجرده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بديلة على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذي عارض

(١) تنص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تبين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانياً من المادة (٢٥). وتقضي المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثاً من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، التأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية. وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل النص القانوني المعارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها. فإذا لم يكن للنص المعارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها. فإذا لم يكن للنص القانوني المعارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، يتجرد من كل فائدة عملية وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن تقرر المحكمة للدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية *Prima Facie* مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه الشبهة لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد انصالتها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريباً ما تصورته المحكمة للدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلّق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلاً عليها؛ ولتعارضها أن النصوص القانونية المشابهة في نصها وفحواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقيم الصلة بينها؛ وتتأسسها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة للدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطاق للترضية القضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديقها لنصوص قانونية للفصل في دستوريته وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليؤثر أصلاً لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنيانها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أبعادها<sup>(١)</sup>.

(١) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها بحلّة ١٦ مايو ١٩٨٢- قاعدة رقم ١٠ -ص ٥٦ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وندبهم أمام المحكمة الإدارية العليا. وإن حظر نص الفقرة الأولى من الفسادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء والنيابة العامة وندبهم أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متشابهين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتشابه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفقد بالضرورة انتفاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها<sup>(١)</sup>.

٥. وليبيان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، نفرض أن شخص طعن بعدم دستورية نص قانوني فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص للقانوني الذي فرض هذه الضريبة، نطاق الخصومة الأصلية القائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصاً آخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل الخصومة الفرعية التي تتصل بالنزاع الأصلي المعروض على المحكمة. فإذا تصدرت المحكمة للفصل في هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل في الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة في الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى في الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون إبطال النص المانع من ردها إليه، إلا كافلاً لاجتناء المنفعة النهائية التي يتوخاها المدعى في الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التي فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ٧١هـ تفسير - جلسة ١٠/١٠/١٩٩٥ - قاعداً رقم ٢ - ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



### المبحث التاسع

#### طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية

#### التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض السدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ والأوامر الصادرة في شأن مشروعية احتجاز البعث؛ والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لمتنعها من تطبيق قانون معين، أو لتلزمها بإداء عمل. ثم أخيراً نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

### المطلب الأول

#### للدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجز تطبيقها في حق المدعى في الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رفعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تتجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلا في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٧ و ٢٩ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذي مر بيانه. وهي طرائق لا تبدل عنها، ولا تنفد جواز الطعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إبطالا مجردا.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالا بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد بهمايتها أو بأبعادها- من جوهر<sup>(١)</sup>.

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها<sup>(٢)</sup>، أو أن يتلوا النعي بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

٤٢٥- وأيا كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تواجهها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من يناهضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة لـ Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية للدستورية، والتي يطورها ضرورة تطبيقها للقيود التي فرضها الدستور -وفي حدها الأدنى- على الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون التقييم التي أحضرتها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها، ولا تعليق إنفاذها على خصومة موضوعية يقيمها المدعي للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤسسون ذلك على أن الخصومة للدستورية تغاير الخصومة الموضوعية في بنائها وأهدافها، فلكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غالبية الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولهما قيذا على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مفترضة في تجريح النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تقتصر بنزاع موضوعي؛

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤- قاعدة رقم ٢٥ ص- ٢٩٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٢ ص- ١٢٤ وما بعدها من الجزء السادس.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ٨/١٣ ص- ٢٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تنظيلا لمبدأ الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بحكم الدستورية، وإن كانت تبلور تطورا هاما ورئيسيا في بنية التشريعية الدستورية، ولكن بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تظل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي يفترض قيام صلة منطقية بين المركز الخاص للمدعى في الخصومة الدستورية، والمسائل الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤديها أن جهات القضاء على اختلافها، لا يعنها غير تطبيق القوانين القائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يملئها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فائنتها، وإلا كان العنوان على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شأن لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلا عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقا لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوما بيد المشرع أن يمسح هذا الشرط في كل تطبيقاته؛ أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها؛ أو أن يكتل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -كلما كان التحقق من هذا الشرط مطلوباً منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزمها في تحديد هذا المضمون لا يُلْقى بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازنا من خلال قدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصال قرار بالرقابة على الشرعية الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل ردا عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يربط بالحقوق، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرده من محتواه.

ويظل ثابتاً أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تخول أحداً أن يلج أبوابها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقاً للقانون، وإلا صار القضاء محراباً علمياً يتكلم فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو معبداً دينياً يباشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطاراً للفصل في خصوماتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤكد هذا النظر أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الامتثال عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها؛ فإن مجال هذه الرقابة كان مقتصرا في الفصل في دستورية النصوص القانونية التي يراد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يراد إثباتها، ويعارضها خصماء يسمعون لنفيها.

### المطلب الثاني

#### الأمر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن

#### Writs of Habeas Corpus

٤٢٦- قد تفوض السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يدخل كل شخص أدنين عن جريمة أو احتجز بدون حق، أن يلازم في مشروعية أو دستورية تقييد حريته، وأن يقيم منازعته هذه على الدعائم التي تؤيدها، والتي يندرج تحتها، أن يكون قد أدنين بناء على نصوص اتهام تتلخص الدستور؛ أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية؛ أو لها ولاية نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كذلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ الماجنا كارتا، كان صون الحرية الشخصية من المبادئ المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطاني في إنجلترا باعتباره إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موقفا أو مخالفا للقانون والدستور<sup>(١)</sup>. ونظر آباء الدستور الأمريكي إلى الحق في تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانات لصون الحرية<sup>(٢)</sup> وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو<sup>(٣)</sup> Cases of rebellion or invasion.

(١) Habeas Corpus Act of 1679.

(٢) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

(٣) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، لقانون العام للحرية، بما يخول المحاكم استدعاء السجناء والتحقيق في مشروعية احتباسهم، وإلا تعين الإفراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل العوائق باعتبار أن ضماناته يعتبر واجبا حيويا<sup>(١)</sup>.

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز في أمريكا على الصعيد الفيدرالي لضمان إطلاق سراح السجناء الذين احتجزتهم السلطة المحلية في الولاية بالمخالفة للمستور الفيدرالي أو للقوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها في المستور الفيدرالي<sup>(٢)</sup> سواء كان الشخص محتجزا في ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن التدخل في حريته بما يهدر هذه الحقوق -يندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفي أن يحصل على مشورة محام<sup>(٣)</sup>- عنوان عليها يتعين أن تعمل السلطة القضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان مقيما في ولاية، محتجزا في سجونها أو معتقلا بها، وبشرط ألا يصدر أمر الإفراج عن البطلة الفيدرالية إلا إذا استند المتظلم الوسائل التي توفرها الولاية، والتي يقرر على ضوءها ما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلا في الولاية، Non-existent أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من ورائها في رد الحرية المقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for relief أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

(١) Bowen v. Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

(٢) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

(٣) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كان المسجون أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية -بما في ذلك محاكمها- فإن استنفاد الوسائل المحلية لا يكون مطلوباً<sup>(١)</sup>.

٤٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع، قد يتعلق بأشخاص أدانتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجماً على الأخص عن مخالفة نص التعديل الرابع للمستور الأمريكي الذي يؤمن الناس في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم ومتعلقاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ لم كان مترتباً على مخالفة التعديل الرابع عشر لهذا المستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup> The due process of Law.

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة منصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المحلفين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقرواً قانوناً<sup>(٣)</sup>. وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطاتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجهاً مشروعاً، ولو كان قرار الاحتجاز مشوباً بالخطأ. وكذلك إذا قد تعدد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصانراً بالتالي بقطعه الترضية التي تمنحها هذه المحاكم.

(١) Morino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض بغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتمسك بامتياز تحرير البدن من القيود ليدفع تلك الكفالة، ويؤمن بها بإطلاق سراحه. ولا يجوز في المحاكمة الجنائية أن يتمسك شخص بهذا الامتياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة القانون الذي أنهم بمقتضاه للمستور إذ يتعين أولاً أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، وأن يستند كل الوسائل المطبقة لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعاً كان له عندئذ التمسك بضمانة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v. Hoy, 227 U.S. 245 (1913).

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

(٣) Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يخول السلطة القضائية الفيدرالية أن تجبل بصرها في مشروعية الاحتجاز؛ وكان المستور الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تقصر مباشرتها إياه علي وجه الانفراد، بالسلطة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يخول المحاكم الفيدرالية التحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المقيدة حريتهم وفقاً لقوانين أية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقيداً بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بغير ذلك من القيود التي لا يندرج في إطارها ما يدعيه المتهم من أن الأدلة على ثبوت الجريمة التي اتهم بها ودين بسببها، غير كافية<sup>(١)</sup>.

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإيداع في مخفر. فالأشخاص المودعون في مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعامة في العقل أصابتهم، يشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إيداعهم في هذه المصحة باطلاً أصلاً، أو كان صحيحاً ابتداء ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإفراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز في مصحة عقلية بناءً على سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله. فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك على أن تغغيراً واقعياً طرأ على حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأثر المباشر لاحتجاز قام الدليل -قانوناً أو واقعاً- على بطلانه، هو إنهائه<sup>(٢)</sup>.

ويجوز كذلك الإفراج عن الأشخاص الذين أُلْمِنُوا تعاطي المخور، إذا كان احتجازهم في الأماكن التي أودعوا بها، قد تم جبراً عنهم، وبالمخالفة ل ضماناتهم المقررة قانوناً، والتي تتغيرا التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توخاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إنهاء هذا الاحتجاز فوراً، ولو قضى فيها لمصلحته.

(١) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

(٢) Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المعتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثارا جانبية Collateral Consequences تسوغ إنهاءها من خلال الطعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاما بديلا عن الطعن استثنائيا في الحكم؛ ولا طريقا لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شأن هذه الأخطاء - حال ثبوتها - أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملا غير مشروع وفقا للقوانين الفيدرالية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى وقائعها، وعلى ضوء حكم القانون فيها<sup>(١)</sup>.

ويبقى أن يلاحظ أخيرا أن الدستور الأمريكي وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر في حالاتي الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذي يملك هذه السلطة، فلا تباشرنا السلطة التنفيذية بغير تفويض من الكونجرس، ولآجال محددة، وفي مواجهة لوضاع بعضها يكون زوالها منهيًا وقف هذا الامتياز.

(١) Whitely v. Warden , 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم الفيدرالية أمرا بالإفراج فورا عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه ولقما وقانونا ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1996, p.641.



### المطلب الثالث

#### (١) Injunctions الوقائية

٤٢٩- كان نطق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدودا أول الأمر، وحذرا، ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علائق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشؤون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تلبور صورة من الترضية الوقائية أو العلاجية، غايقها أصلا ردع السلطة التنفيذية عن تصرفاتها في مقل الأيام. فلا شأن لها بأوضاع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تعطن عن عزمها القيام بها، أو تكليفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضرارا أحدثتها، أو تصحيح أخطاء ارتكبتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### الأحكام التقريرية (٢) Declaratory Judgments

٤٣٠- وإذا كان محظورا على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم نصيحتها إلى السلطين التشريعية والتنفيذية إذا استشارتها إحداهما في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة 'Abstract, Hypothetical and Contingent questions' ضمنا لأن نتقد بحدود

(١) عرف قاموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) أوامر المنع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل محين، أو تكليفه بأن يزيل خطأ أو ضررا.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry

وهي بذلك تمنع شخصا من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون هدفها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح شخص Inpersonum مطلوبة من الشخص الذي وجهت إليه بأداء أو الامتناع عن أداء أي شيء محدد. ولا تنطق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بأعمال مستقبلية. ومن ثم تتمحض عن أوامر تمنع توقي الضرر والمنع Preventive remedy.

(٢) Charles Debboch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

(٣) يحرثها Black في ص ٤٠٩ من قاموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعي في دعوى يجوز الفصل قضائيا فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable controversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفة القضاء<sup>(١)</sup>، التي لا تتعلق إلا بمسائل بلورها خصماء يتنازعون عليها، وتتصل بمصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو ييسر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بعناصرها وتعدد أوجهها<sup>(٢)</sup> Multi- faced situations؛ وكان تعلق الخصومة الدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقومون حججها، يضيئونها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها؛ فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون مدخلا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها<sup>(٣)</sup>.

على أن المدعى في الخصومة الدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يجلبها إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدوان على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال ترضية قضائية تزيل الآثار المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي الترضية القضائية في صورتها التقليدية، وإما أن يقصر طلبه في دعوى يقيمها على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي الترضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة للقضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من آثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد الممولين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء آثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

(١) Willing v. Chicago Auditorium Association, 277 U.S. 274 (1928).

(٢) United States v. Freuhauf, 365 U.S. 146 (1961).

(٣) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتبلور فيدين، وإن تكلمنا. إلا أنهما مختلفين. فمن ناحية مودى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم بالأ تفصل في غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أبعادا حقيقية، ويكون موضوعها قابلا للفصل فيه ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تفسلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقدم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تترصد الحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيقاً في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملاً مخالفاً للدستور.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك القانون لا يعتبر كالدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادراً في خصومة بمعنى الكلمة<sup>(١)</sup>، مقرر ما لكل من أطرافها من حقوق تختلف عليها فيما بينهم. ويظل الحكم تقيدياً، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تفارق الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وآثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order<sup>(٢)</sup>.

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريدها وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع يطرح كوسيلة دفاع في نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينقيها عن يدعوتها، تتحلل في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تتعلق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تفريرية بوصفها قضاء شبيهاً بالآراء الاستشارية صادراً في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية، إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التفريرية. ومن ثم أصدر الكونجرس الأمريكي تشريعاً ينظمها، ويحول السلطة القضائية الفيدرالية حق إصدارها بشرط أن تقومها على وسائل

(١) Alabama state federation of labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) أنظر في ذلك نورمان ريتش؛ ورنارد شوارتز؛ وجون ألتسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من

ثابتة Established Facts Upon، قائمة في خصومة قضائية يقتصر محلها على بيان حقوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترصية قضائية إضافية، أو كان بوسعهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبق هذه الشروط في شأن الأحكام التفريرية، موداه أن الحق في إصدارها ليس من الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضرورياً أو ملائماً من القيود، كان يملكها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها<sup>(٢)</sup>، وكان يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار<sup>(٣)</sup> أو بمنازعات العمال<sup>(٤)</sup>.

(١) NASHVILLE, C. V. WALLACE, 288 U.S. 249 (1933).

وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعة حكم تفريري أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى قبائح القضية وحاصلها أن شركة كانت مهتدة بضريبة تدعى مخالفتها للدستور من جهة عبثها على تنفق التجارة بين الولايات، وأن مثل هذا النزاع لا يستتر فرضياً بل واقعياً، وأن حق محاكم الولايات في إصدار أحكام تفريرية، مقيد بطلب المدعين حقوقاً يتسكرون بها ويعارضهم المدعي عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939); Ashwander v. TVA, U.S. 288 (1936); Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202 (1958).

(٢) 26 U.S.C. S 7421 (a).

(٣) Lockerty v. Phillips, 319 U.S. 182 (1943).

(٤) See F. Frankfurter and I. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

### المبحث العاشر

#### عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر

#### المحكمة الأدنى قرارا نهائيا فيها

٤٣١- تتوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المحلية في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تطو النظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تباشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشرط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قرارا نهائيا في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان فاصلا بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقيدهم جميعا بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملزم لهم، أو كان نفاذه معلقا على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق المدعى بها سواء بإثباتها أو بنفيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تباشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها المحكمة الأدنى.

وليس شرطاً لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلاً للتنفيذ جبراً. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبراً، وإن كان أصلاً فيها يلزم الصورة الطبيعية لمجرأها، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعى محقاً أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تعتبر خاصية تنفيذ الأحكام جبراً، جزءاً من مكوناتها، ولا عنصراً جوهرياً في الوظيفة القضائية<sup>(١)</sup>.

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such relief is not an indispensable adjunct to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانوناً أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وبكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافياً في الحكم الصادر فيها.

(١) Nashville C. and St. L. Ry. v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يثير خصم أمام محكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخليا عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ريوغ الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها الولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر تخليا عنها<sup>(١)</sup>. ذلك أنه مما ينافي لتخلي عن هذه الحقوق، أن تنفق القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضاءها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

والولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل الدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية معينة، ذلك مما يدخل في سلطتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوما أن يحدد الخصم بصورة جلية المسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأسكر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لعرضها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويندرج تحتها سلطته في نقل المعامل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى المحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائما.

٤٣٧- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عنها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائيا وتشريعا. وكان منطقا بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تتصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالقفل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقا للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعائتين إحداهما فيدرالية وأخرى

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

(٢) Williams v. Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون الدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدهما لتأسيس قضاء الحكم عليها.

ويعتبر شرط ملائمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضماناً لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تشريعاتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكماً صدر لمصلحة المتهم بذاء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فإن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز نزولاً منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لمتائرها المحلية التي قد توفر لمواطنيها حقوقاً أكثر شمولاً من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.
٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تعويم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقيم أحكامها عليها
٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تحجبة أحكامها القائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدها.

على أن القرينة تعمل دائماً في اتجاه تحويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يركز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي. أو يزوج بين القوانين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملائمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا يناقض القوانين الفيدرالية، وإنما يطابقها<sup>(١)</sup>.

(١) *Mihigan v. Long* 463 U.S. 1032 (1983)

ويدينني أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن للقانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن اقتضاء الحقوق الفيدرالية بتحديد القواعد الإجرائية المتعلقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلاً للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تفضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا الولايات المتحدة الأمريكية -رباعيتها- السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية وسليمة، وذلك حتى لا تدخل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأسس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جيدة كل الجدة بحيث لم تتح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاء لهذه القواعد لا يكون مطلوباً كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها<sup>(١)</sup>. وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعاً لمطلق تقديرها<sup>(٢)</sup> أو كان تطبيقها يفرض قيوداً ثقيلة لوطءاً على الحقوق الفيدرالية بما يعرقل -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق<sup>(٣)</sup>.

(١) *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85 ( 1955); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 457 (1958).

(٢) *Williams v. Georgia*, 349 U.S. 375 (1955).

(٣) *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443 (1965).



### المبحث الحادي عشر

#### امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر أركانها

##### فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة الشخصية المباشرة على من يقيم الخصومة الدستورية طلباً لحقوق يدعيها أمام قضاة الشرعية للدستورية<sup>(١)</sup>. إذ يتعين على المدعي فيها أن يثبّط أولاً على أن ضرراً واقعاً Injury in Fact قد أصابه فعلاً من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقّه؛ أو أن هذا الضرر يتهدد من وراء هذه النصوص المظنون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتكون هذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان تسوية الأضرار التي أحدثتها فعلاً أو التي تتهدد عقلاً، من خلال ترضية قضائية تتركها وتحيط بها، وتقدم الوسائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، هي التي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

>>> شرط المصلحة الشخصية المباشرة- يتفيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وتصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالنظر للالتزم للفصل فيها. وموداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهددهم، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى النص

(١) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذي يسعى للحصول على الترضية القضائية من المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التي يطرحها عليها للفصل فيها. وتلك خاصية جوهرية يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التي يرتبط بها -فضائياً- الفصل في هذه الخصومة.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا الضر قد طبق أصلاً على من 'دعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبئها. ولا يتصور بالتالي أن تكون للدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة بعرضون من خلالها أوقافاً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لاثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية الطيا ولايتها -التي كثيراً ما تؤثر فسي حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل طيها للدفاع، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهايها، وأن تكون وجوداً وعدمها مع تلك الأضرار التي تستل بعناصرها، ويكون ممكناً إزالتها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطقها ما يكون من الضرر متوهماً أو منتحلاً أو مجوداً *In abstracto* أو يقوم على الافتراض، أو التخمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن بدعواه الدستورية -وكأصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*.

٤٣٥- والتزاماً بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية الطيا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للنصل في النزاع الموضوعي<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٢ يوليه ١٩٩٥- قاعة رقم ٢ -س ٥١-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يتكاملان معا في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود للصفة التي اختصم بها النصوص المطعون عليها- الدليل على أن ضررا واقعا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بعناصره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالنظرية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها؛ وإلها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها وربتها.

وتلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار<sup>(١)</sup>.

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تغفل الخصومة الدستورية في غيبتها. ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بذواتها تتمثل فيها المنفعة القانونية التي أقام المدعى دعواه لاقتضاءها. ومن ثم يكون الحصول على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من الدعيين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وأنظر كذلك مستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة أول يناير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١١ ص ١١٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها<sup>(١)</sup>.

وتظهر الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا، وفقا لقانونها، إما باعتبارها طرفا ذا شأن في كل خصومة دستورية -لما كان موضوعها أو المدعين فيها- فلا يرتبط متولها فيها -وعلا بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا- بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون ولها بقوة القانون بقصد إعلانها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقعها من المطاعن التي نسبها المدعى في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>؛ وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها لجا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تغفل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهدها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهرا بطلانها، وإلا صار دورها منحصرا في العمل بلا كلال على إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكأن مخالفة الدستور ولادة في إطار مهامها..

ومن ثم كان منطقيا، بل ضروريا، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء الشرعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صارما، ولو من خلال الخصومة للدستورية تقيمها لرد عنوان على حقوق كفلها الدستور لها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية دستورية- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٦ ص ٢٢٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تعد في النهاية رأيها المحايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

أنظر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تترك المواطنين في مجموعهم، أو تثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها واقعاً في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يعنها غير الخصومة الدستورية التي تغني صون الحقوق الشخصية لرفعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم همومها أشخاص يعنهم أمرها بوجه عام Generalized Grievances ويصوغونها في صورة مجردة. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتطلقها بذفر غير من المواطنين، بشارك بعضهم بعضاً فيها<sup>(١)</sup> كأن ينعي مواطن عن عقوبة الإعدام التي فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن المواطن مقيماً في الدائرة الانتخابية التي يطعن في القانون الخاص بتقسيمها. لذلك كله مما يدخل في عموم المسائل التي يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذا كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعي فيها طلباً لحقوق يختص بها Of His Own؛ فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي -وكامل عام- إذا كان موضوعها خاصاً بحقوق آخرين Third Party. وهو ما لطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أنه لا يجوز كامل عام أن يقيم المدعي دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن تغني بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concrete<sup>(٢)</sup>.

ويتعين دوماً أن تكون الحقوق التي يختص المدعي في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، وواقعة في منطقة المصالح التي يكفلهاها.

٤٣٧- وقد يكون المدعي في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تتنازل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقاً للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة -في مفهومها المتطور تعبيراً- لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة يشوبها التجهيل -وإنما عن حقوق قاطعة في وضوحها يشك النزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، لذلك وحده عن حقوق قاطعة في وضوحها يشك النزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، لذلك وحده

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٨ ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما يثير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تتصل في المسائل الدستورية التي تثيرها،  
أيا كان قدر صحتها.

بما موداه أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجر قضاء الشرعية على  
الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور<sup>(١)</sup>، ولا في نزاع  
مع السلطين التشريعية والتنفيذية لا طائل من وراءه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع العقيم وإن  
كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تنتصل عن كل مواجهة تكون السلطة التشريعية أو  
التنفيذية طرفاً فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة  
الدستور وإعلائها. وليس لها أن تنظر إلى المسائل الدستورية التي تتصل فيها باعتبارها عناصر  
دخيلة أو عرضية على وظيفتها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المسائل جوهر وظيفتها. كذلك  
فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي  
يحتضنها، لا تنقذ في ذلك بغير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المسائل الدستورية.

### المطلب الأول

#### عناصر المصلحة الشخصية المباشرة

٤٣٨- في قضاء المحكمة الدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في  
الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون المدعى في هذه الخصومة قد أضر شخصياً من النصوص القانونية التي  
نعم عليها مخالفتها للدستور.

ثانياً: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التي يقال بأن هذه  
النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سبباً لتلك الأضرار ما كان منها قائماً أو وشيكاً  
Actual or threatened injury. فإذا تخر رد الأضرار التي يدعيها إلى النصوص المطعون عليها،  
تعين الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية في طلب إبطالها.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء  
الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثاً: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكفل إدراكها، ومواجهتها بالترضية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعينها بما ينفي التجهيل بها، وأن يكون رد المضار التي رتبها النصوص المطعون عليها في شأن من أصابهم بعينها، مما يدخل في ولاية الجهة القضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعية الناجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد آثارها وتسويتها من خلال الترضية القضائية التي يطلبها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن يقيم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بذواتهم من جراء أعمال جدها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقيموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بعد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء آثارها<sup>(١)</sup>.

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضرراً شخصياً واقعاً قائماً أو راجح الوقوع - لا تصوراً فرضياً أو تخيلياً - قد لحق به من جراء عمل يناقض للدستور، سواء إكان هذا الضرر حالاً، أم كان يتهده؛ قلماً لم راجحاً تحققه. فلا يكون مظنوناً أو متوهماً أو متحلاً أو مستحصياً على التحديد، أو واقعاً في إطار عام يشمل المدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها<sup>(٢)</sup>.

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار للشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن وقائعها وظروفها، وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومة على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تحصها استقلالاً عن سواها. فإذا كان لبسائها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يكون منتقياً.

(١) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

(٢) Gladstone, Realtors v. Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما مؤده أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعى بأن النصوص القانونية المطعون عليها، قد أحدثتها، فإن تحديدها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأدق أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن تستبعد منها تلك المضار التي يتعذر تحديدها بدرجة كافية تؤهل لتعيينها، وتقرير الترضية للقضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به مائلا. وليس شرطا أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلا، وإلا صلا ونوع الضرر فعلا - لا رجحان حدوثه - شرطا في الخصومة الدستورية. فلا يكون مناط قبولها مضار متوقعة فعلا بل قائمة فعلا. وفي ذلك تضيق للرقابة على الدستورية دون مقتض<sup>(١)</sup>.

فالمخاطبون بالجريمة يستطعون التكليل على تعلقها بأفعال لا يجوز - من منظور اجتماعي - تأنيها، أو أن العقوبة التي حددها المشرع لها، ينفرط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة، أو أن النص العقابي يفترض المسؤولية الجنائية بدلا عن إثباتها، أو تمحض عقابا عن الفعل الواحد أكثر من مرة، أو أخل بحرية العقيدة، إلى غير ذلك من صور (إمدار أو انتقاص الحقوق التي كفلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعية التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع - خاص أو عام - قانون من شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، *A soon-to-be-discharged alien employee*، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصاديا في طبيعته بما يخلوهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستهضون بها ضمان تساويهم في سوق العمل مع المواطنين<sup>(٢)</sup> (The Equal protection Clause).

(١) يتحقق الضرر الحال أو المهدد به في الأعم من الأحوال من خلال الإخلال للنصوص القانونية كاتلة الحقوق

Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975).

(٢) Traux v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)

في هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يعاقب بمقتضاه رب العمل الذي يستخدم أجانب بجوازون النسبة التي حددها هذا القانون.



وقد يخل القانون بالتوازن في العلاقة الاقتصادية بين المخابطين بأحكامه، كان يخلق أسواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تنافسهم المشروع من خلال صور من الاحتكار يمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملاً<sup>(١)</sup> أو يحمل المستأجرين بأعباء لا تتوافر لديهم بسببها أموال سائلة يستخدمونها في شراء احتياجاتهم؛ أو مجرد بعض الناس من ملكيتهم دون تعويض؛ أو مصادر جانباً من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفترض تهريبهم مسلحاً قاموا باستيرادها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تقتصر إلى موازين العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير في دفعها، ولو ليوم واحد، جزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالحق في ضمان العدالة الاجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلاقة الإجبارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛ وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة التزاماتهم بحقوقهم في صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينزاع بها -وبقصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيرادها العام.

ذلك أنه حتى بالفترض سوء إنفاقها لهذه المولرد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن سفها أو سوء تدبيرها لثمنونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضرراً ينال هذا الممول وحده، بل هو من قبيل الهموم التي يعتبر المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تبلور قيمهم ومصلحتهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological interests. فضلاً عن أن من غير المحقق أن تفرض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر قانوناً إذا قام الدليل على إساءتها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصلحتها المقررة قانوناً. فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

(١) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970); Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لدعم عقيدة تصطفيا وترجيحها على ما سواها من العقائد، يجوز الطعن بعدم دستورتها في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتحضر تبذيرا تبسط به الدولة بدها لإثفاق المال العام في غير أوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منحها، يخل بتكافؤ الأديان فيما بينها، ويامتاع الإبحاز لواحدة منها إضرارا بغيرها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن فرض للدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتميزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تساويهم في الحقوق التي يملكونها قبل معادهم التعليمية. ويناقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة النفاذ لها وفق شروط موحدة لا تميز فيها بناء على الثروة. ولهذا لاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء<sup>(٢)</sup>.

كذلك تقوم للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على السياسة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي تبلورها تشريعاتها- لها جوابها الإيجابية والسلبية التي تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعى؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رخائه. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التي يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التي لا تختلط بأضرار المواطنين في مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التي أصيب بها، متفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا يجهضها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظا كذلك عند آخرين يعيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التي يقوم الدليل عليها، لا ينحيا توافق آخرين مع مراسيها وتقسيمهم اهتماماتها، ولا تحيل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

(١) Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

(٢) دستورية عليا "القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية" -جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها كل استحقاقا للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يعينهم أمرها، وإن تعين دوما أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، ماثلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي تقيمها جمعية بصفتها نائبة عن أعضائها، وطعنا منها في الترخيص للصادر لمشروع ما بالقيام بأعمال التمدن في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية، ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التمدن التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضرارا تظل بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها<sup>(١)</sup>.

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وآباؤهم من سريان هذا القانون في شأنهم، إذا كان الحائط الفاصل بين النولة والدين، مقررًا بنص في الدستور<sup>(٢)</sup>.

وليس لازما أن تكون المصلحة الشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها. بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديد أبعاده.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة بقررها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملا تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بكاملها. وإنما يجوز دائما أن يتخذ دعواه هذه، طريقا إلى توقي وقوعها<sup>(٣)</sup>.

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive relief.

(١) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

(٢) Abington School District v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

(٣) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٨/٦ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٢٣ جزء ١٨ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقومون في دار لملاجئهم، يؤرقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مستواها كفاءة وتنظيماً. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقيمونها لمواجهة هذا التهديد، غير نوق من جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم<sup>(١)</sup>. وهو ما تقره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن النحوط لدفع ضرر محقق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقيق شرط المصلحة في الخصومة القضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم تبرص صدور هذا الاتهام لاختصاصها. بل تقبل دعوام الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، سيفاً مسلطاً فوق رؤوسهم.

وصح بالتالي ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، مؤداة ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أضربوا من جنراء مسريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بسببها قائماً، أم كان وشعياً يتهددهم<sup>(٢)</sup>.

يؤيد هذا النظر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية القضائية التي يطلبها المدعي، وإنما يتعلق هذا الشرط بمركز المدعي بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقت من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازماً أن تصل هذه الأضرار إلى درجة اليقين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملاً، وتعيينها ممكناً. وإن ظل شرطاً في الضرر -ولو كان مستقبلياً- ألا يكون تصورياً، وألا يتعلق بمصلحة لها شأن عام كمصلحة للمواطنين جميعهم في ضمان تنفيذ القانون، وللتقيد بحرفيته.

(١) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991, 1000 (1982).

(٢) "دستورية عليا" للقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٦ ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للنهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكافة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمن هيئته بناء على مجرد وجوده كقانون<sup>(١)</sup>.

وبينما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وفرضها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابته هذه القوانين بأحكامها، أن يتمتعوا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء أثره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان عندهم أن يؤخذ المنزبون جميعهم بجرمهم، وأن يحيطهم قصاص عادل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئاً أو مذنباً، متهماً أو مطلق السراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتخذ تشخيصها<sup>(٢)</sup> Judicially cognizable.

وقد اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثراً في الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة الشخصية المباشرة غير مصلحة المدعى في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلاً ألا تكون ثمارها لغيره، وتتضمن كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها واتساعها وتجردها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع فئاتهم؛ وبين ضرر خاص لا يتطرق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا بصيهم إلا في مصالحهم الذاتية أو الفردية التي تعكسها طلباتهم الشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضام مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم للفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

(١) Stewart, The reformation of Administrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(٢) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحته في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى -في نطاق مصلحته للشخصية المباشرة- مفصلاً بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعية التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص إلا تعريفاً بكامل عناصرها Complete perspective، يذير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تفصل في خصومة بشويها للتجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور الخصومة الدستورية التي توجهها المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الأثر السلبي الناجمة عن تدخل المشرع -بالفعل أو الامتناع- في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رافعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيراً عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال للمشرع دون استثمارها في الأوجه المعقولة لها<sup>(١)</sup>؛ والأباء الذين ألزمهم المشرع بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخاص<sup>(٢)</sup>؛ ولشركة التي حدد المشرع أجور خدماتها<sup>(٣)</sup>؛ والمعلمون الذين حرّمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور النشاط التي منعهم من ممارستها<sup>(٤)</sup>؛ والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل للولادة من الحمل<sup>(٥)</sup>؛ كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تذل بحقوقهم في استعمال ملكهم في الأوجه التي يختارونها؛ وفي مباشرة أوجه النشاط التي يرون ملائمتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابعهم بها، وقصد إرهابهم بأحكامها. ومصلحتهم في دفعها حقيقية وظاهرة نواء تطلق الأمر

(١) Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

(٢) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٣) Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

(٤) Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

(٥) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أخل بها، أو بمباشرتهم ما هو مشروع من صور من النشاط التي اختاروها. فلا تكون مصلحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

وينبغي أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر ليس فقط بمن قصدهم هذه النصوص بأحكامها. ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تتأل من حقوق لآخرين كفلها الدستور. فالقيود التي يفرضها المشرع على مشروع ما، ليخفض بها أسعار منتجاته أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التي يقيمها لإنهاء العمل بها. كذلك فإن الذين ينافسون هذا المشروع يجدون أنفسهم قسى مركزهم من مزاحمة ذلك المشروع في الأسعار الأقل التي حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لتقوم بهم كذلك مصلحة في الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتاً أن المصلحة في هاتين الصورتين لا تزال مصلحة شخصية مباشرة قوامها الحقوق الفردية التي يطالبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو تتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievances. ذلك أن مواجهة هذه المصالح وإثباتها، من مسؤولية السلطة السياسية التي لختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأكثر على تقدير الحلول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحل إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبروزمان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو العمومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصيص فيها، ولا تستغل بذاتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective. حقيقة للخصومة الدستورية التي لا تتوافق بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

(١) فلو أن المشرع حدد أسعار تذكر الركوب في السكك الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقاً ليس فقط

لن يديرونها ولكن كذلك للذين ينافسونها كهؤلاء الذين ينقلون الركاب بالحافلات في الممرات ذاتها.

Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تعارض من خلال تصادمها<sup>(١)</sup>. وهو ما يناقض شرط المصلحة الشخصية المباشرة في حقيقة معناه. إذ يفترض هذا الشرط أن يكون للمدعي في الخصومة الدستورية مصلحة حقيقية في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع القائم بين أطرافها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من حثتها ومديتها ما يجعل تعيين حدود المسائل الدستورية المثارة فيها، واجبا لا تفريط فيه<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

رابطه السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور،

وما لحق المدعي بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية في كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطبيقها معها أو خروجها عليها. ويفترض في هذه النصوص ترتيبها لأثر قانوني أضرت بالمدعي من خلال تطبيقها عليه. وأن ما تتوخاه الخصومة الدستورية التي رفعها، هو إنهاء الأثر الذي رتبته هذه النصوص في حقه، وجبر الأضرار التي أنتجتها بحكم ملاتم يصفوها<sup>(٣)</sup> وبتعبير آخر يتعين أن يقدم المدعي في الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص للمطعون عليها في حقه، وأن الترضية القضائية التي يتوقعها ستريل هذا الضرر<sup>(٤)</sup>.

إذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعة التي يدعيها Injury in fact، فإن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنفصم. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ بطل مركزه القانوني في الصورة التي كان عليها من قبل، ولو قام الدليسل على مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين المضار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٢) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noire, 501 U.S. 252 (1991).

(٣) Simon v. Eastern ky. Welfare Wrights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

(٤) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).



علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترفعها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها<sup>(١)</sup>، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطئ إلى الترضية القضائية التي يطلبها المدعى، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية فسي الخصومة الدستورية. وهي علاقة مؤداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر النص القانوني المطعون فيه، فلن الأضرار التي أحدثها هذا النص، ما كانت لتتحقق.

فإذا لم تتوافر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التي تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاء الشريعة لهذه النصوص لا يكون منصورا. ومن ثم تبقى تلك النصوص على حالها لانقسام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التي قال المدعى بأنها هي التي أحدثتها.

فالذين يلزعون في دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة ذمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تعلق الضريبة التي يجحدونها بالنصوص القانونية التي يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة الدستورية طريقهم لإبطال الضريبة والتخلص من أعبائها التي أحدثتها النصوص القانونية التي أنشأتها، وهي أعباء اقتصادية في طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي يلزعون في دستوريته، فإن دين الضريبة يظل قائما في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة ذمتهم من هذا الدين، مفهوما.

(١) يقول القاضي Brennan أن علاقة السببية التي تتطلبها المحاكم الفيدرالية في الخصومة الدستورية هي قناع مش تستر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

A poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر في ذلك الرأي المخالف لهذا القاضي في قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكون إلا من خلال المداخلة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وتلك هي علاقة السببية بين المضار الواعية، والنصوص القانونية التي سببتها.

وبدونها لن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيمها أصحابها لإرهاق جهة الرقابة على الدستورية، ولحملها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عملية يمكن اجتلاؤها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقدية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال به، فلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تنثر إلا عن عمل غير مشروع ألحق بالغير ضرراً. فإذا كان العمل استعمالاً لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضرراً بأحد، فإن المسئولية التقصيرية عن هذا العمل، تنقذ أساسها.

ولئن صح القول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستقل بذاتيتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هذه المصلحة وقوامها. ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تكفيها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليها، فلا مصلحة.

وتقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، يخول كل مقم فيها حق الاعتراض ليس فقط على الكيفية التي حدد بها المشرع تخومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التي اختصها بها إذا صار لأصوات ناخبها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين في غيرها من الدوائر الانتخابية Malapportionment. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعاً في المجالس القبلية متناسباً قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها<sup>(١)</sup> Districts Under Represented.

٤٤٢- إذ كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم الذي أنثر المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحة هي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهي التي يطرح الطاعن على ضوئها على جهة الرقابة على الدستورية، النظرة المتمعة للخصومة الدستورية في واقعياتها وأدلتها، ومن جهة الأبعاد الأوثق اتصالاً بالمضار التي أحدثتها النصوص القانونية المطعون عليها، فلا يكون عرضها حديثاً في فراغ، ولا قولاً مجملاً بتغير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلاً بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بالألا تقبل خصومة دستورية لا تريد عن كونها تعبيراً في الفراغ عن وجهة نظر يراد الترويج لها أو الحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقررّة لصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتماء بها؛ إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة الشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر اللجوء إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقاً من كل قيد معقول، وبما يدخل الناس جميعهم التكلل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يقدرون عدم ملائمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية، وإن توخى ألا يقدم قضاءاً شرعياً دستورياً لأنفسهم في كل شيء حتى في المسائل الدستورية التي لا يجوز للفصل قضائياً فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مغالاة قضاء الشرعية الدستورية، أو ترميهم في مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيويتها وخصوبتها، ما يجعلها أكثر تأثيراً في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الخوض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها؛ من أكثر المسائل تعقيداً وعموضاً في مجال الرقابة على الدستورية<sup>(١)</sup>. وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقعها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

(١) W. Prosser, Handbook of the Law of Torts, chapter 41, 4<sup>th</sup> edition, p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تقييد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التي لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع بيهيها لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضر وأسبابها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدونها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضر المدعى بتحقيقها، عتوما.

### المطلب الثالث

#### الدفاع عن حقوق الآخرين

#### The Third Party Standing

٤٤٣- من المسائل التي يحرص قضاء الشريعة الدستورية على توكيدها، هو أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أن الحقوق التي يطلبها تتعلق به لا بغيره، وأن المصالح التي يتوخى تحقيقها تدخل في منطقة المصالح التي يحميها الدستور أو المشرع<sup>(١)</sup>.

وتتقيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق الآخرين<sup>(٢)</sup>، استبعاد القضايا التي يكون مظهر اقتضاء هذه الحقوق. وهي بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تنتقلها صور من الخروج عليها تعتبر استثناء منها، وتبلور في مجموعها السياسة التي ينتهجها قضاء الشريعة الدستورية في مجال الخصومة الدستورية التي يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم<sup>(٣)</sup> Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها -وكأصل عام- أن يقيم المدعى دعواه الدستورية للدفاع عن حقوق كفلها الدستور أو المشرع لآخرين؛ علقها ما هو مفترض من تحوط قضاء الشريعة الدستورية في مباشرتهم للولاية التي كلفهم الدستور بها. فلا يفصلون في غير ضرورة في مسائل دستورية لها دقتها ومحائرها<sup>(٤)</sup>. ذلك أن ولجهم الأول هو عدم الفصل في مسائل دستورية قبل أوانها، أو في مسائل دستورية يستطيعون تجنبها. وهو مالا يتحقق في الدفاع عن حقوق لآخرين يفترض أنهم يصنون تقدير مصالحهم؛ وأنهم يحددون خطاهم على ضوئها. فإذا لم يقيموا

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

(٢) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

(٣) Manoghan, Third Party Standing, 84 Columbia Law Review 277, 278 n. 6 (1984).

(٤) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة أو أنهم عازفون عن الدفاع عنها واستنهاض وسائل حمايتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أكثر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها<sup>(١)</sup>.

فالأصل لأن ألا يفصل قضاء الشرعية الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا على المثول أمامهم للدفاع عنها، بما يجهل بأبعادها ويأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرائهم، ويفترض كذلك في الغالبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكثرثون بإنكار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر يعنيهم حقاً، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقومونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار الكافيين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق الآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها، فلا تقوم هذه القاعدة بزوال ميرراتها، وإنما تخلى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

ويدل إيمان للنظر في صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها، وأنها ترتبط في واقعها بحقوق الأصلاء - لا الأغيار - في الخصومة الدستورية The First Party Rights لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقاً لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكفل حقوقهم الخاصة التي يتمتعون بها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يقبل قضاء للشرعية الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

**أولهما:** أن تراخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مرده إلى عائق أو صعوبة عملية جوهرية A genuine obstacle منعتهم من طلبها بأنفسهم ولحسابهم. ومن ذلك أن يكون الآخر مختلاً عقلياً أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه آخر (United States v. Hays, 115 S.Ct. 2431 (1995)).

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقفا عقلا من المدعى في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصما حقيقيا مجابها غرما يعارضون دعواه<sup>(١)</sup>.

ويدل مراجعة القضاء المقارن للحق في الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. وأيا كان قدر هذا التردد أو التخبط، فإن الدفاع عن حقوق الآخرين، لازال من الأمور المعلم قضائيا بها. ومن ذلك حق المحامي الذي صدر قانون بمصادرة أموال موكله الناجمة عن تعامله في المواد المخدرة، في الدفاع عن مصلحة موكله في إبطال هذه المصادرة التي يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتساب التي يدفعها لمحاميه، ويكفل بذلك حق الموكل في اختيار محام ينمته في حدود تجمعهما ببعض<sup>(٢)</sup> The close attorney client relationship. وفي هذا المجال يلاحظ أن القضاء يظليون أحيانا وجود علاقة قوية وموثوق فيها Close and confidential relationship بين من يقدم الخصومة الدستورية والآخرين الذي يمثلهم فيها. ويشترطون أحيانا أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجوه عن الدفاع عن مصالحهم.

فلو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون للوسائل الواقية من الحمل على غير المتزوجين، فإن دفاعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولا، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال بذلك نون أن يوفر لغير المتزوجين إطارا ملائما للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم<sup>(٣)</sup>.

ولو أن قانونا فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لمولوين وإلا كانوا مسؤولين جنائيا أو مدنيا عن قطعهم، فإن اتصاعهم اختيارا إلى حكم هكذا القتلون، مؤداء الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزنوج، وربما في الحصول على أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلبا لحقوق الملوتين في شراء هذه الأراضي، وأن يقدموا دعواهم بمخالفته للمستور على سند من

(١) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., Inc, 467 U.S 947 (1984).

(٢) Caplin and Drysdale v. United States, 491 U.S. 617 (1989).

(٣) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المتكافئة للمواطنين جميعهم، بما يكفل تساويهم في الحقوق عينها أمام القانون<sup>(١)</sup>.

ففي هذين الفرعين يبدو كذلك أن البائعين للأراضي، والموزعين للوسائل الوقفية من الحمل، مصلحة شخصية في دعوام الدستورية. ذلك أن منعمهم من بيعها أو توزيعها يعتبر وأجبل فرضه المشرع عليهم. فإذا تقيّدوا به، كان ذلك إنكاراً لحقوقهم الشخصية في ضمان فرص أكبر للتعامل في الأشياء التي منعمهم المشرع من تصريفها بالقوة التي فرضها، والتي حال بها في أن ولجد دون اتساع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها، حقوق الآخرين التي كفلها الدستور<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم كان منطقياً أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية لبحول دون طلبه حقوقاً لآخرين، لا من زاوية أن المدعى قد أحم في دعواه غيباء عنها، بوحل محطهم فيما هو خاص من شئونهم وإنما من جهة أنه يدير سوقاً لسلع يعرضها أو يروج أعمالاً يحرص على ألا تنقلص دائرتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمور، غير تعبيري عن عزم رافعه على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من يطرقها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها والتمكين من أسواقها أياً كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذا اشترط المشرع لبيعها للذكور الأقل من ٢١ عاماً، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، وأجاز شراءها لكل أنثى تزيد سنها على ١٨ عاماً، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بعقوبة جنائية اختص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القبول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يعوق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لاعتبار يتعلق بالجنس.

(١) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

(٢) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

إذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وأقاموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شرائها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تنخفض نسبتها<sup>(١)</sup>.

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعنهم الدفاع عن حقوق الآخرين في النفاذ إلى أسواقهم. ذلك أن العلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar -Vendee Relationship، علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مردد أن من يشترون سلعة هذه، لا يتوافر لديهم إطار قانوني للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالعقوبة التي فرضها. وتلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقوموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها<sup>(٢)</sup>.

وقد تكون العلاقة بين الآخرين؛ ومن يقومون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون في عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصدونها للحصول على الأجهزة الواقية من الحمل؛ إنما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما. فضلاً عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة على المتزوجين، يعرضهم -وبوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الواقية من الحمل- للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك فإن انصياعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الواقية من الحمل التي يطلبها المتزوجون منهم، مؤداه حرمان هؤلاء من شرائها<sup>(٣)</sup> وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. والبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الواقية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شؤون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفتها لشرط الوسائل

(١) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(٣) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).



القانونية للمليمة في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدلفون عن حق هؤلاء الآباء فسي إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبناءهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى اللقائمين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحصلهم للعقوبة التي فرضها المشرع على الآباء، والتي منحتهم بها من إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إلحاق أبنائهم بها، فلا يكون إغلاقها إلا ضرراً يتفرع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسؤولين عن التعليم الخاص في الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازفين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التي ينادون بها في دستورتها. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صح عزيمهم على مخاصمة هذه العقوبة، فسن يجدوا أمامهم غير مدرّس لا حياة فيها، مغلفة لأوبائها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطروهم المشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام<sup>(١)</sup>.

وفي هذه الصورة لا يقوم الامتناء من قاعدة عدم جواز النفع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعملاتهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى في الخصومة الدستورية بالعقوبة التي فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضرراً إذا قبل هؤلاء الامتنال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها النص العقابي لهؤلاء الآخرين، ولناجمة عن واجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتنفيذه.

ومن ثم تتدخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي منعم المشرع من طلبها بالمخالفة للمستور من جهة ثانية.

(١) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحلل جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بغير الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعي في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في النضال من أجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعى في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه هو. ذلك أن ما توخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كإفلاص مصلحته الشخصية في ضمان اتصاله بهؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها مهنية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعى في الخصومة الدستورية بالآخرين - لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينفيها أن يكون المدعى في الخصومة الدستورية، قد أضرر فعلاً من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفتقرون إلى الموارء التي يعتمدون عليها في النضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها<sup>(١)</sup>.

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعى في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون وقعة في غير منطقة المصالح التي يكتفلها الدستور أو المشرع؛ هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين في الخصومة الدستورية. ولو أنهم طلبوها، لكانت مصالحهم في اقتضاها من نوع المصالح القانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يثير بالضرورة البحث فيما إذا كان المدعى في الخصومة الدستورية - وعلى ضوء ظروفها - يملك من زاوية دستورية تمثيل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التي يمنحها للمرأة التي تريد إجهاض نفسها إذا لم تقم بعملية الإجهاض هذه في عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلباً على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنعهم من إجرائها حتى بعد صدور هذا القانون. فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فإنهم بذلك يدافعون عن أعزّزتهم الوسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

(١) Lourence H. Tribe, I bid, p 140.

ولو كانت المرأة الساعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفاً من أهلكها أو حفاظاً على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتوجسها من فصلها في دائرة عملها<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الفرض، فإن المصلحة التي يحصيها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بما يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النقص في دخولهم<sup>(٢)</sup> (A Surrogate Standing).

ولئن كان ما تقدم مؤداه، أن الأصل هو ألا يدعى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة -سواء في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حدثها- لا يقتضيها الدستور، ولا تستتبعها كذلك آراء لقضاة يريدون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجوز ممارستها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة؛ لا يؤثر بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطتين الأخريين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها -بالقوة ذاتها- عند الفصل في المسائل الدستورية؛ إلا أن من المحقق أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابة بلا حدود. بل يتعين ضبطها في إطار منطقي يجعلها عملاً وسيلة ملائمة لصون الشرعية الدستورية، وتسليط قيمها على غاقتها<sup>(٣)</sup>.

#### المطلب الرابع

##### مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضى فيها باعتباره مناضلاً عن حقوق آخرين على تقدير أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعاً عن حقوقه هو؛ أو بوصفه مناضلاً عن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التي تقوم دعواها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تتعلق بتحقيق أهدافها في مجال ضمانها مصالح أعضائها.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(٢) Eisenstadt v. Boird , 405 U.S. 438,446 (1972).

(٣) Flast v. Cohen , 392 U.S. 83,102 (1968).

والولاية الدفاع عن مبادئها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولصالحهم.

والمشروع يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم، وإما عن المصالح الأعرض للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي تقيم بها المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعاها الدستورية.

### أولاً: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التي تقيم دعاها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالضوابط العلة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها<sup>(١)</sup>.

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافر The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التي تطلبها لمصلحة أعضائها هي ذاتها التي يجوز لهم طلبها لأنفسهم، وأن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التي تقوم الجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها في الخصومة التي تقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازماً سواء في مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التي تتعلق بها<sup>(٢)</sup>.

فالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعون أو يتجرون فيه، وذلك

(١) Simon v. Easem Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 40 (1976).

(٢) Hunt v. Washington states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977);  
Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقه لها، بما يخلل التجارة بين هاتين الولايتين بأعباء لا يأنن الدستور بها<sup>(١)</sup> Interstate - Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمة أو الجمعية مصالحهم فيها، لازم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الترضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة على تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفتها في تمثيلهم موقوفة بدرجة كبيرة على طبيعة الترضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعاها هو الحصول على حقوق مالية تخص أعضاءها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بهم. ذلك أن واقعة إضرار النصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار، تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاء الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصلحهم، واقعا داخل المنظمة أو الجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض واقعاتها<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا: مصلحة الولاية

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تنال من مصالحها. فمثل هذه الأضرار تخصها هي استقلا عن مواطنيها. وفي هذه الحالة تتحدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاء الشرعية الدستورية في مجال إعمال هذا الشرط<sup>(٣)</sup> ومصلحتها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويترج تحتها:

(١) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).

(٢) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, (1980).

(٣) Watt v. Energy Action, 454 U.S. 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون ولقعا في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجنائية، وتنفيذها في مواجهة المخاطبين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تنازعها أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، ولن ترد المدون عليها، شأنها فسي ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال الضارة التي تصدر منها قبلها، أو من أشخاص موجودين في إقليمها، كفرض ولاية أعباء مالية على الغاز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيد التبادل غير المعاق للتجارة بين هاتين الولايتين؛ وكذلك ولاية في مواجهة غيرها بالقوانين الفيدرالية التي تخول كل ولاية السلطة الكاملة لاستقلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلا عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلتها *Parens Patriae* <sup>(١)</sup> سواء كان ذلك لحماية رعايتهم اقتصاديا كحماية بيئتهم مما يؤذيها <sup>(٢)</sup> أو لحماية رعايتهم العام في مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين <sup>(٣)</sup> وينترض ذلك أن تتوفر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤهل للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

(١) وبلاحظ أن مصلحة الولاية في الدفاع عن مصالح مواطنيها كفراد في عائلتها، لا يجوز التمسك بها في مواجهة الحكومة الفيدرالية.

Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٢) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son v. Puerto Rico exrel, Barez, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عام في مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تتل من رعايتهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر من نوع الأضرار التي تواجهها الولاية -في الأرجح- بتشريعاتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعواها للحصول على تعويض أو تسوية منصفة من جراء أضرار أحدثتها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقولهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها لنهر بها<sup>(١)</sup>. شأن هذا العمل شأن من بلوثون بيئتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها<sup>(٢)</sup>.

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه سيادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكيانها ومركزها القانوني داخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها على نصيبهم العادل في المزايا التي يفترض أن تنتفع إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتهم وراحتهم ورعايتهم بوصفها ربا لعائلة تضمهم *Parens Patriae*، إلا أنها لا تمتلئهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبل السلطة الاتحادية، ولا تحل محلهم في اقتضائاتها<sup>(٤)</sup>.

ويظل ثابتاً للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تنازع فسي دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيها لحقوقهم السياسية في إقليمها.

### ثالثاً: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضى أحد أعضائها عن طرده منها بالمخالفة للمستور، وأن يحصل على كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده<sup>(٥)</sup>. ولا كذلك أن يقيم

(١) North Dakota v. Minnesota, 263 U.S 365 (1923).

(٢) Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S 230 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son, Inc v. Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).

(٤) Massachusetts v. Mellon, 262 U.S 447 (1923).

(٥) Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشرعون الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها، ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحрман السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقاً للدستور، كامتيازها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه؛ وامتيازها في إقرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمنعها من عقد جلساتها؛ أو تترأخى في دعوتها إلى الانعقاد في المواعيد التي نص عليها الدستور؛ أو تصدر قراراً بطلها في غير الأحوال التي حددها؛ أو تحول دون إيداع أعضائها لأوراقهم في لجانها، أو أثناء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي ألحقها السلطة التنفيذية بها؛ وألا يكون توسعها أن تزيد آثارها بإجراء من جانبها؛ وأن تكون الترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع بين هاتين السلطتين باعتبارهما من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج السلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بخير ترضية قضائية تُعينها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره<sup>(١)</sup>.

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور<sup>(٢)</sup>. شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانباً من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تخل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلى السلطة التشريعية ما لديها من

(١) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 997, 1001 (1979).

(٢) فالحرب التي يعلنها رئيس الجمهورية بخير موافقة البرلمان لها مخاطرها على عمله سواء من جهة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بخير مسوغ.



معلومات قد تعاونها في العملية التشريعية التي تتولاها<sup>(١)</sup>. وليس للملطة التشريعية كذلك أن تختصم الملطة التنفيذية أولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التي أقرتها بصورة ملائمة؛ ولا أن تتنازع في دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للدستور. ذلك أن مصلحتها في الفروض السابقة، يتعذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم في مجموعهم.

---

(١) Harrington v. Bush, 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

### المبحث الثاني عشر

#### امتناع الفصل في خصوصية لا تثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تثير الخصومة الدستورية، غير التعارض المدعى به بين نص قانوني وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشريعين من ذات المرتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتيهما؛ وكان كلاهما دون الدستور فدرا؛ فكلن الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصها ولائها بنظرها؛ ثم تنبئها من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها<sup>(١)</sup>.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين جمعتهما درجة واحدة في مجال تدرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين واردين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة<sup>(٢)</sup>.

كذلك لا تثير الخصومة مسائل دستورية، إذا كان قولها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويجعلها جزءاً من أحكامه؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلاناً للحقوق، وليس بشرط لاعتبار الوثيقة جزءاً من الدستور، أن يكون إقرارها قد تم وفق القواعد ذاتها التي للزمها الدستور في مجال إقراره. وإنما يكفي أن يحيل الدستور إليها ويجمعها فيه حتى تصير جزءاً من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعطيلها وفق القواعد ذاتها التي يقر بها البرلمان القوانين التي يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدستور إذا كانت السلطة التي أصدرتها، قد ملأتها به في القوة والأثر.

(١) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قاعدة رقم ١٣ -جلسة ١٩٥٠/١٢/٧- ص ٢٢٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٧ -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- ص ٢١٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الغير لائيه، يكون للاتحاد دستور خاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلي وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها. وعليها جميعاً أن تتقيد في تشريعاتها وتصرفاتها بدستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفتها لقواعده، ولو كان دستورها المحلي يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائماً، فإذا انقرض عقد الاتحاد كلية، أو تقلص عدد ولاياته، فإن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيانها، وتتصرفها لشؤونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفاً في اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد يتبسط بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره وحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصمد ذلك الاتحاد بعد إنهاء مصر لعضويتها فيه، وانسحابها من مؤسساته جميعها بما فيها سلطاته التشريعية. وتم ذلك بقانون<sup>(١)</sup>.

وقد أقام عضو في هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعى عليهم فيها، بأن يعرضوه عن زوال عضويتها بها، وكذلك عن كافة المزايا المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائماً، وبقي هو عضواً في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه على أن الاتفاق على تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلى معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها في الاتحاد بقانون صدر عنها، ينقض التزاماتها الأساسية فيه، والتي تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى في هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظرها. وذلك تأسيساً على ما يأتي:

(١) كانت هذه السلطة تسمى مجلس الأمة الاتحادي. وقد فسحت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤- وهو القانون الذي ينص على عدم دستوريته.

أولاً: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها في غير نطاق إقليمها؛ وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تنقل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، بل ولو أقرتها الجماهير في استفتاء عام. ويتعين بالتالي فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانياً: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو انطوائيهما معا على قواعد دستورية بطبيعتها، لا يدمجها في بعض، ولا يحيلها إلى وثيقة واحدة تنفرد بأجزائها، كلما كان لكل منها إقليم يتصلق به نطاق تطبيقها؛ وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التي تستقل بها. فضلا عن صدورهما عن سلطنتين تأسيسيتين مختلفتين، وتنطق إحداهما بدولة مركبة هي دولة الاتحاد، وأخرهما بدولة بسيطة هي مصر بما يعكس لزوما على جوهر الأحكام التي تحتوتها كل منهما.

ثالثاً: أن انسحاب مصر من معاهدة دولية تكون طرفاً فيها، مؤداة التخلي عن أحكامها في مجموعها، فلا يكون انسحابها منها إجراء موقفاً لنفاذها قبلها، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب سيباعثه تصرفاً قانونياً يصدر عن إحدى الدول براءتها المنفردة لنوع تقديرها - يظل واقفاً في إطار إدراكها لشؤونها الخارجية، ومطوياً على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يؤثر تحللها من معاهدة أبرمتها معها غير مسئوليتها الدولية عند قيام موجبتها. وإذا كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يدل بالضرورة على سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين<sup>(١)</sup>.

(١) "دستور عليا" - الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٧ قضائية - دستورية - قاعدة رقم ٢٩ - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - ص ٥٠٧ وما بعدها من أجزاء المابع من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثالث عشر

#### امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي

#### أفاد للطاعن من مزايها

٤٥٤- من المقرر في القضاء للمقارن<sup>(١)</sup>، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup> أن الذين سلون من قانون على مزايا يقبلونها، لا يجوز لهم الطعن في دستورية هذا القانون<sup>(٣)</sup>. ويظن ساء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدءاً أولياً Axiomatic في مفاهيم قضاء للشرعية تورية الذين يرون أن الذين يستيقون لأنفسهم مزايا وفرها لهم المشرع من خلال قانون، لا عليهم الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التي يفيدون منها، يستحيل توفيق بولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذي كفلها<sup>(٤)</sup>.

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it. Nor one who avails himself of the benefits of a statute, deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالي لو حصلوا على ترخيص بمزاولة عمل ما وفق قانون معين، إنكار ررية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول منطقيتها وعدالتها. ذلك أن المخططين صوص القانونية -كذلك التي تمنحهم ترخيصاً بمزاولة مهنة أو عمل بشروط معينة- طرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرموا من العمل بما يضر بحقوقهم في الحياة وحتى صبيهم هذه النصوص بعقوباتها التي تفرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فلا ن أمامهم من خيار غير التقيد بتلك النصوص التي يؤمنون بمخالفتها للدستور.

(١) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936).

دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧ من ٧٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(٢) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 2 U.S. 407 (1917).

(٣) Buck v. KuyKendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويستحيل بالتالي النظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة الحق - كالحق في العمل - باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جحد هذا القانون حقاً مكفولاً لهم بنص في الدستور، جاز لهم إكثار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم في مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزاياه التي لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التي أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالي القول بعدم جواز الطعن في قانون أفاد الطاعن من مزاياه، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التي كتلها هذا القانون، عملاً لإراديا صريفاً، وشياً بقبول ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة المولفة للدستور تفترض أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر في هذه الميزة شرط التخصيص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها في الدائرة الضيقة التي تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التي لا صلة لها بها<sup>(١)</sup> ولا كذلك النصوص القانونية المتشابهة التي يتعين أن يؤخذ بها في جملتها، والتي يتخذ فصل بعض اجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض اجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر النص المطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن أفرادها بذاتها لا يجزى الطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون فيه اذ خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال سنتين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وقيمة التعويض، فإن هذا الحكم يتمحض لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزاياه<sup>(٢)</sup>.

(١) قل أن تشريعا ضريبيا رفع حد الإعفاء من الأعباء المالية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن أرتضاها، إلا أن هذا القول لا يسطح حقه في الطعن على ما تضمنه قانون الضريبة من أحكام أخرى.

(٢) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/١/٥ ص ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### للمبحث الرابع عشر

#### استتاع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- النزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توافر الدليل على إرادة التخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعى في الخصومة الدستورية عن الحقوق التي يطلبها، والتي تتعلق بها الترضية القضائية التي تستحقها؛ فإن هذا النزول يجرّد دعواه من كل فائدة كان يرجيها منها، فلا يكون ثمة محل تتعلّق به الترضية القضائية التي ما لقام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمناً، متخذاً سلوكاً أو تصرفاً قانونياً؛ وسواء تحقق هذا النزول بانقضاء ميعاد حدده المشرع لانقضاء الحق<sup>(١)</sup>، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلّق النزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المشوّل أمام محلفين<sup>(٢)</sup>؛ أو عن الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(٣)</sup>؛ أو عن الحق في ألا يعمل الشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها للدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها<sup>(٤)</sup>. وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غائباً<sup>(٥)</sup>؛ وفي ألا يقبض عليه دون أمر قضائي وبناء على تحقيق<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان النزول عن الحقوق جميعها -بما في ذلك تلك التي كفلها الدستور- لا يفترض، فقد تحين للقول بنزول المدعى في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التي يطلبها فيها، أن يكون ذا صفة في اقتضاها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علماً يقينياً -لا فرضياً أو حكماً- بحقيقتها وأبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن -وفي الدول الفيدرالية على الأخص- يستنهض كل قرينة تناقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التي يكفلها الدستور الفيدرالي لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي بتعين عليها أن تقرر ما إذا كان

(١) Yakus v. United States 321 U.S. 414, 444 (1944).

(٢) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).

(٣) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).

(٤) Escobedo v. Illinois 378, U.S. 478 (1964).

(٥) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).

(٦) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها<sup>(١)</sup>.

٤٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تخطي المدعى عن الخصومة الدستورية التي رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركاً لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا يطيها، إذ الشأن في إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائماً أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفي هذا المقام يتعين التمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى مؤداه عدم موالاة نظرها، وانقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلباً للحقوق ذاتها التي كانت تترك حولها دعواه الأولى ما لم تنتقد. ولا كذلك أن يمسك المدعى في هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخليه عنها. فعندما عرّض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جوازها لا يدخل في ولايتها. فإذا نزل عن الحق في دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول (إلا إذا بان لها بتليل قطعي استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جددته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل للترضية القضائية).

فإن لم تكن تسوية من هذا القبيل -وموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيتها في نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق في التعويض عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى أصحابها، جميعها من الحقوق المالية التي تعتبر تسويتها من السلطة التي جددتها، شرطاً لازماً للتخطي عن الخصومة الدستورية.

لما ما كان من الحقوق متصلاً بالشخصية الإنسانية، كالحق في الحياة وفي الحرية، وفي المساواة، وفي الخلق والإبداع، فإن للنزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والرق، وسحق آمية الإنسان فيه، وهو مالا يجوز.

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).



### المبحث الخامس عشر

#### امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها<sup>(١)</sup>

٤٥٨- قد يقيم للفرد خصومة قضائية تتولف فيها كل الشروط التي يقتضيها الدستور والمشرع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي ينهيها بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نضجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يشير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع<sup>(٢)</sup> ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتعدى للفصل قضائياً فيها. وتمثل الشئون الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاء الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشئون بالنظر إلى اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعد العناصر التي تدخل في تكوينها وتشعبها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملازمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اقتصرت للدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المعتمدين لديها، هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها<sup>(٣)</sup>؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعها ممثلها<sup>(٤)</sup>. وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجدد اعترافها باستقلال إحدى الدول<sup>(٥)</sup> أو لكها تبشر سيطرة فعلية على إقليمها<sup>(٦)</sup>؛ ولا أن تتلزعها في قرارها بأن حرباً اضطرم أوارها وتندور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أصلاً عدائية قائمة بينها<sup>(٧)</sup>؛ ولا أن تخوض في قرارها بأن

(١) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal. 517, 566- 82 (1966); Finkelstein, "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish, "Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

(٢) Department of Commerce v. Montana 503 U.S.442 (1992).

(٣) In Re Bais 136 U.S. 403 (1890).

(٤) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 (1853).

(٥) United States v. Palmer, 16 U.S. (3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

(٦) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

(٧) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حل محلها<sup>(١)</sup>. ولا أن تناقضها في الكيفية التي تدير بها علاقاتها السياسية<sup>(٢)</sup>.

#### ويعتبر كذلك من الأعمال السياسية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقيم بنياتها ويكفل نهوضها بمسئوليتها<sup>(٣)</sup>.

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية<sup>(٤)</sup>. كلما بني هذا الرفض على تقارير قدمت إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تنقسم بمسيرة معلوماتها وبحساسيتها، ويتعذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الاطلاع عليها، تكثفه محاذير كثيرة ينبغي توقيها. كذلك فإن رفض هذا الترخيص يرتبط بموامل كثيرة يعذر للتنبؤ بها، ويعود للنظر

(١) راجع في ذلك رأي القاضى Brennan في قضية Goldwater v. Carter, 444 U. S. 996 ( 1979 ) وتلخص وقلعها في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الإنفاق المشترك بينها وبين تايوان بعد اعترافها بجمهورية الصين الشعبية.

(٢) In re Baiz , 136 U.S. 403 ( 1890).

(٣) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 ( 1973).

(٤) Chicago and S.Air Lines v Waterman S.S Corp., 333 U.S. 103,111, ( 1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوفير الشروط التي يتطلبها قانون أقرته في شأن أحد المخاطبين بأحكامه، لا يعتبر من المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توفر هذه الشروط أو تخلفها من إختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسؤولين عن رخاء شعبيهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حجبـه يتصل بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي إحترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تبأشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز التترع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها<sup>(١)</sup>؛ مرنود أولاً؛ بأن للمسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائياً؛ وأن ما قد يثور من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجنبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتما حتى في النظم غير الفيدرالية- هي التي ينبغي التركيز عليها، وأن نوجه اهتمامنا لها.

ومرنود ثانياً؛ بأن قضاء الشرعية للدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، فليس ذلك لأنهم يفضون ألسارهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتلأ على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يتعين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فإنها لا تتألى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بناء على نص في الدستور، لا يولد حقوقاً لآخرين يجوز استخلاصها قضائياً وتنفيذها جبراً Judicially enforceable rights.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتزم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تبأشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يخلو للسلطة القضائية أن تحل محلها فيما قصبره الدستور عليهما. ويتقضي ذلك أن تتحقق أولاً مما إذا كانت السلطة التي يبأشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية واقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفراد الدستور لها، يكون لغواً.

ومرنود ثالثاً؛ بأن السلطة القضائية إذ تتأى نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تتصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يستحقها المدعى في الخصومة

(١) Henkin, "Is There a Political Question Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدستورية؛ ولا في نوع الأضرار التي يقول بحدوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التي يطلبها المدعون في الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بخير حق. وهو ما لا يتحقق في مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص أفراد الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالي كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها<sup>(١)</sup>.

٤٦- ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا يتأتى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محيطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يعد في تحديد المسائل السياسية بتفريدها لا بتعميمها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من توافر متطلباتها في كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستقصيا على التحديد، وعلى الأقل في مناطق بذواتها تكبو فيها هذه المسائل وثيقة الصلة بالحدود التي احتجزها الدستور لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطرور في القضاء المقارن. ذلك أن النظرة التقليدية لها هي التي بلورها القضاء الأمريكي في قضية *Marbury v. Madison* وحاصلها أن يفصل قضاء الشرعية الدستورية في كافة المسائل الدستورية التي تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التي يكون الدستور قد ناط مسؤلية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية<sup>(٣)</sup>. وليس لهم بالتالي إلحام أنفسهم في مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية منفردة<sup>(٤)</sup>.

(١) Laurence H. Tribe, 97-98.

(٢) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(٣) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(٤) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch ( 5 U.S. ) 137, 170, ( 1803 ).

لقد تقرر في هذه القضية الأخيرة أن المسائل المحيرة بطبيعتها سياسية، أو التي عهد بها الدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية Ware v. Hylton رفض القضاء الأمريكي النظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية<sup>(١)</sup>. وكذلك فيما إذا كان استدعاؤه الميليشيا بناء على تفويض مسن الكونجرس، يعتبر إجراء ملكاً أو غير ملك<sup>(٢)</sup>.

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية Luther v. Borden- أن وجود جهتين متناحرتين تتصارعان على السلطة في جزيرة Rhode Island يدخل الكونجرس دون غيره، أن يقرر أيتهما هي الحكومة للشرعية. فإذا فصل في ذلك، تحين عليه أن يفصل بعندئذ فيما إذا كان شكلها يعد جمهورية أو لا<sup>(٣)</sup>.

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية في مواجهة اضطرابات الداخلية، وأن يتكفل بالقوة لإعادة الهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

ولرئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التقديرية، الجهة التي تعتبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المجالية، أو أن شخصاً غير من حدده، هو حاكمها<sup>(٤)</sup>.

٤٦١- وعبر المئتين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائماً على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها للفصل قضائياً فيها Non Justiciable Issues. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(١) Ware v. Hylton, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(٢) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(٣) Luther v. Borden 7 How. (48 U.S.) 1, (1849); See also Pacific States Tel v. Oregon 223 U.S. 118 (1912).

(٤) Luther v. Borden, 7 How. 48 (U.S.) 1, 40 (1849).

ويدخل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحاكم الفعلي أو الشرعي De jure orde fact في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوفر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها<sup>(١)</sup>.

The lack of requisite information and the difficulty of obtaining it.

٢. أو إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالته إلى الأفرع السياسية التي تتولاها بحكم مسئوليتها الأعرض<sup>(٢)</sup>.

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. أو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستنهضونها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالي صوراً من القيود التي يطرحها الدستور على مباشرة قضاء الشرعية الدستورية لولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بوجه عام. وإذا كان قضاء الشرعية الدستورية يجذبون الخوض في المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشي بسمعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة في الدستور -كذلك التي تتعلق بشرط الحماية القانونية المتكافئة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وخير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr. ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم إجراء مشروع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، والتي كان من شأن اختلافها على هذا النحو، أن صار للناخبين في الدوائر الانتخابية الأكثر كثافة في عدد سكانها، أصواتاً وزناً أقل من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962)

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية على أساس أن المسائل السياسية؛ Political Questions غير القضايا السياسية Political Cases؛ وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها المتداعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر بالمستور؛ وأن معايير تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية<sup>(١)</sup>.

٤٦٣- وتحليل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تازمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تفسر المسائل التي تنشأها -وفي حدود اجتهداها القضائي- بأن الدستور عهد بالفصل نهائياً فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view تتوقى بها الفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان الفصل فيه يقتضيها للتخلي عن مبدأ هام، أو للتضحية بهيئتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تازمها بأن تولي اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسئوليات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr على محاولتها تاصيل نظرية المسائل السياسية، حتى تقم لها أعمدها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهومها، وتبين أساسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتُطَل برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية.

(١) Pollack "judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v.Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L Review, 245, 253-55 (1963).

قال معايير التي رددتها تعريفاً بالمسائل السياسية، وتجلية لمفوض جوانبها، هي الآتي بيانها:

أولاً: مسائل اختص الدستور بها-بصورة لا تخطئها العين- السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانياً: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي تمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثاً: مسائل يستحيل الفصل قضائياً فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية -في حدود مطلقتها التقديرية- سياستها المبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

رابعاً: المعياران المشار إليهما في ثانياً وثالثاً، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية.

خامساً: مسائل يستحيل على جهة الرقابة القضائية أن تصدر قراراً بشأنها تستلزم به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بغير أن تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government .

خامساً: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.



An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

مبدأ: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

[والمعايير المشار إليها في رابعا وخامسا، ومبدأ، نابعة جميعها من النظرة التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التي حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستحصية بطبيعتها على الفصل قضائيا فيها لاعتبار كامن فيها Inherently non-justiciable - لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصرها إليها- وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن تقوم نفسها فيها.

٤٦٦- والناقون لمفهوم المسائل السياسية؛ يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائيا؛ وأما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تعلن صعوبة تقرير الترضية القضائية الملائمة في شأنها<sup>(١)</sup>.

#### ووجهة نظر هؤلاء الناقدين يبيها:

أولاً: أن السلطة ينبغي توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها، أو تتنافس فيها بينها. ولا يجوز أن نتخذ من غموض نصوص الدستور موطئا لهم قاعدة الفصل بين السلطتين

(١) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine," 58 Yale law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكلفتها في وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن تقوم نفسها في مسائل اختصاص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لأن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تقترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها في- تفسير الدستور - أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً. *Does not yield judicially enforceable rights*، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحدهما يدخل في إطار المهام التي اختصاصها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتعلق بالمصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الفرضية التي ترد الدعوى عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تتفرد به السلطانان التنفيذية والتشريعية بناء على نص في الدستور؛ وما إذا كان بوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعي في هذه الخصومة.

بما مؤدها أن ما ينبغي أن تخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامن وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تتفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدلولها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لتخومها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن الأعمال لا تعبر سياسية بناء على درجة أهميتها للمصلحة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسية غير القضائية السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديد المقاعد التي تخص كلا منها، قد أغفل تفاوتها في عدد سكانها، وحط بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالقياس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناهجهم على إخلال هذا التقسيم بشرط الحماية القانونية المتكافئة. وهو شرط يولد حقوقاً فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي ألفتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية الدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهيأة للفصل فيها III - suited بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد.

Single voiced statement of the Governments' views.

كذلك المتعلقة بإدارة الدولة للشؤون الخارجية. ولا يتصور بالتالي أن يحل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تمتثل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فاحشاً في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لعملياتها الحربية.

(١) قررت المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كانت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة الشرعية، أم أن الثوار الذين يجحدون سلطتها وينزعونها فيها، هم الأحق بقولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل يفرد الكونجرس بالفصل فيه.

Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S.1849). ولراجع أيضاً: Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98.

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

وبينعن بالتالي أن تنفيذ جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلها- بأن يكون موقفها منها قائما على التحوط، وأن تنظر إلى نصها -لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تكبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تفردان به من الشؤون، ما فتتا ملزمين بخوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما.

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيرا ما يدخل تغييرا على مفاهيمها بما يحل مما كان مستقرا من ثوابتها. فلا تتداح دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرنا منحصرا في حدود منطقية، ونافيا عن معايير جامدة لها قوالبها الصماء التي تصبها فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعمل باعتباره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقاتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكتل تناسباً قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقدم نفسها في أدغال سياسية A political thicket which Courts ought not to enter تتخلق دروبها عليها وتتوه بين أغصانها في تشابكها وتعقدها<sup>(١)</sup>.

(١) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

وقد قرر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية أن المدعين يطلبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج عن اختصاصها. وأن النزاع حول دستورية تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفه، ولا يجوز بالتالي الفصل قضائياً فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من النقيض إلى التقيض. إذ صار ثابتاً أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائماً من النظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تقسيماتها، مشروط بضماتها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينكرج تحتها أن تتكافأ أصواتهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سائساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا تجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشيدها. ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن تعقد الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية استقلالاً عن السلطين التشريعية والتنفيذية، ولو كان قضاياها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهها لإحداهما أو يحرجهما.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، لن يسعها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لأحكامها حقوقاً فردية لأصحابها؛ وأن اقتحام هذه المسائل كثيراً ما يقترن بأثار ضارة عليها أن تتجنبها، ويندرج تحتها أن تتنرد السلطان التشريعية والتنفيذية عليها، فلا تتفذل أحكامها فيما إختصهما الدستور بتقريره. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإنما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره، في المسائل القانونية التي تثيرها هذه الخصومة<sup>(١)</sup>.

(١) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition, 1989, p.144

نفساً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تقصر بل رصد كل خروج عليها أمر تتولاه السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرها في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسؤولية القانونية<sup>(١)</sup>.

#### ٤٦٧- ويلبني أن يلاحظ في شأن المسائل السياسية ما يأتي:

١. أن السلطة التي مباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التفسير النهائي للدستور، هي الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إحراج السلطين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريحها، أو منازعتها في طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن تفرض توافقاً فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطتين، تفسيراً صائباً لأحكامه. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحلل بمسئوليتها القضائية فصلاً في المسائل الدستورية التي طرحتها للخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التي تتصل بإدارة السلطة التنفيذية لثئون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفرداً أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقاً لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تقسو الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وكما كان القرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضياً تدخلاً من السلطة التشريعية وفقاً للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتدخل منها، يكون مخالفاً لأحكامه بما يستتبعه الولاية التي مباشرها جهة الرقابة القضائية في شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية. وهي بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تقتصر إليها السلطة القضائية.

(١) فالعرب التي يعنها رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصاً بإعلانها بمقتضى الدستور، يجوز أن تتسله السلطة التشريعية عنها سياسياً.

٣. أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة. ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو انفراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها<sup>(١)</sup>.

٤. كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية، متضمنا اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز. وعليها يحذر أن تحدد مداه. ذلك أن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر في حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تنتزع بمصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كفه الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تتقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التي يتوخاها. فإذا تجاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تبين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن التحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بالألتزاق في نزاع شجر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل فيه قبل أن تنهيا لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحتم إحداهما في خلاقها مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

(١) لإعلان الدولة بدء أعمال عدوانية ضدها ولتمتاع للنظر في دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير تأكيد المخاطر التي تواجهها، وحشد الجهود لدعم عملياتها الحربية، فلا يتروء أحد في معلومتها والخضوع لتعليماتها الصادرة في هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -وكلما انحل إلى عدوان من إحداها على الولاية التي أثبتها الدستور لشريكها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل فسي النزاع المعروف عليها -سواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تطرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وحده، من المسائل السياسية.

٨. نفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعود جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصاصها الدستور بالحكم عليها.

بيد أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطتين أو إحداها، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقا للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية. ذلك أن إلغاء معاهدة الدفاع المشار إليها، نتيجة مقترحة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها؛ أو التخلي عن اعترافها بشريعته.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالانصياف على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفا للدستور، ولا يندرج بالتالي، في إطار الأعمال السياسية.



ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهوداً به إليه وحده بناء على نص في الدستور، ودخلاً بالتالي في إطار المسائل السياسية<sup>(١)</sup>.

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية<sup>(٢)</sup>.

١١. أن المسائل السياسية يستحيل أن يجعلها معيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطها بمصالح بذواتها لتحديد بنيتها في موجباتها، ذلك أن مثل هذا المعيار - إن وجد - يكون عصياً على التحليل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغيرة بطبيعتها، والمتطورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تتدرج تحتها، وإن ظل تكيفها دائراً حول تعذر الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي تفرض التحوط من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتهيأ بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، نتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثيقها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في ترددها ولندفاعها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية إن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسرها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية.

ولن ترتبط جراتها كذلك بظلمها أيدها عن تطبيقها في حدود منطقية تتوازن بها شروط مباشرتها: لوظيفتها القضائية - على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها - بالقيود الضرورية التي تفرضها كواجبها، ويقتضيها خضرها<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضي Rehnquist والقاضي Stewart والقاضي Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

(٢) Parker v. Carr . 369 U.S. 186 (1962).

(٣) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء المقارن على أن اعتبارين يهيمنان على نظرية الأعمال السياسية، هما ملاءمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها، وكذلك انتقاء المعايير والموازن التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير المنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دائما أن يتوافر لقضاء الشريعة الدستورية المعلومات الكافية، والموازن الدقيقة مستوياتها، الملائمة مدخلها، والتي ينهيا لهم بها الحكم على أعمال انتهاك السلطة التشريعية أو التنفيذية تقييما لها.

فإذا تطرق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تعديلا للدستور قد يسقط لعدم التصديق عليه خلال مهلة معقولة؛ وكان مهلة التصديق على هذا التعديل غير محدد بنص في الدستور أو في القانون؛ وكانت السوابق لا تكل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه؛ وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداها، وبالأثار التي يربتها، وتتدخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية بتعذر رصدها وصولا إلى أغوارها؛ وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تشخيصها والبرص بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا التغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك موجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد لقضاء الشريعة الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملا سياسيا تتولاه السلطة التشريعية بنفسها<sup>(١)</sup>.

١٤. كلما داهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعجن على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه مع معاونيه الأقربين حتى يتخذ قراراته بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التي لا يترددون في إيداعها كلما كان كتمانها مكنولاً، يقابله حق السلطة القضائية في أن تفصل في واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق السلطة القضائية من حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم في غرفة مغلقة، ويقرر تنطق الوثائق التي تسجل هذا الحوار، بالاتهام الجنائي للقائم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها المكنول لها بناء على نص في الدستور؛ ينبغي أن يقابل بحق السلطة القضائية في التحقق من أن حججها هذه العضوية عن شخص يدعيها، لا يتعارض الشروط التي فرضها الدستور في مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

#### أولاً:

#### الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه التي يجريها مع معاونيه

ففي قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون<sup>(١)</sup> أصدرت إحدى المحاكم أمراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها للشرائط التي سجل عليها بعض أحيائه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قائم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، فاستدأ في ذلك إلى أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التي تسجل حوارها مع معاونيه؛ حتى لا يفقد هؤلاء نفعهم في سرية مناقشتهم مع رئيس الجمهورية، فلا

(١) كان الرئيس نيكسون يرغب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثانية. وحتى يدعم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه باقتحام مقر الحزب الديموقراطي في وترجيت، ووضع أجهزة للتنصت على ما يدور فيه حتى يقف على الصورة الكاملة للخطط التي وضعتها هذا الحزب في معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الاقتحام. وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إعاقة العدالة والتآمر للتكليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

يعبرون بصدق عن آرائهم، وإنما يترددون في الإدلاء بها، ويتحفظون من المسؤولية عنها، فلا تنسجم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة الصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته، ويتحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -ومع تسليمها بأن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز إنكارها- كن حكمها قاطعاً في أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطيها، وهي تقم قضاءها في ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن انتخاب رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التحليل الموضوعي لعناصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه -أيا كان مضمونها أو درجة حدتها أو انتفاخها أو مسامها بآخرين- وكذلك بمراعاة حريتهم في أن يبصروها بما يرونه صواباً في المسائل التي يناقشونها، وهم واثقون من كتمانها حتى لا يسألهم لحد يومها عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحاديثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهبها أذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقرير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدأان هما: أن يردع الجناة فلا يفلتوا من ذنوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون *Guilt shall not escape or innocence suffer*.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على ساقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبسرة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن سلطة الاتهام الوسائل الإلزامية التي تستطيع بها حمل الجهة التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لنفيها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل من صلة بها، أو كان لا يجوز القبول به قانوناً؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أحاديثه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن أحاديثه هذه قد تتناول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعين كإصل علم حجبها عن يزيديون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد في تحقيق الدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة بقضيتها الأمن القومي، قلن إخفاءه ينقض شرط الوسائل القانونية السليمة، ويهدر الوظيفة القضائية في أعرق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية ولقائمتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية في كتمان حواراته مع معاونيه، لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية في المهام التي يقوم عليها، لا يستردون لى عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوانبها التي تتصل باتهام جنائي قائم، قد يماط للثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحاديثه، حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

سابعاً: إذا كان من الصحيح أن قدراً من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسؤولياته الجسام؛ وكان واجباً على المحاكم جميعها أن توفر لرئيس الجمهورية كل توفيق على صعيد المهام التي يتولاها؛ إلا أن من الصحيح كذلك أن إخفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تعميم غير جائز، خاصة وأن الدستور لا يكتل هذه السرية.

## ثانياً:

الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذا كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يستند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها، كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لصاحبها.

قفي قضية Powell v. McCormack ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول -وقد كان نائباً عن دائرته الانتخابية وفقاً للدستور- في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالا تعد لحرافاً سلوكياً عن واجباته كعضو فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا للفيدرالية، حكماً تقريرياً بأن قرار حرمانه من مقعده، يناقض الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلا من مجلس النواب ومجلس لشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تخويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداءً، ثم النظر في شأن تولفهما أو تخلفها فيما يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاماً، وأن يكون ممتعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عند انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not , when elected , be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen

وقد انحازت المحكمة العليا الفيدرالية -على ضوء ما بان لها من مقاصد آباء الدستور- إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما مقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديمقراطية النيابية قوامها اختيار هيئة الناخبين من يكون في رايها من المرشحين أصح لتمثيلها. ويظل هذا المبدأ جوهر الديمقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تفقد السلطة التشريعية من مدها، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين الموهبين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضييقها. ولئن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، بكتلها عقبائها لأعضائها الذين يخلون بواجباتهم أو طردهم عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تنقيد في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

وبقدر نقضها بهذه الشروط يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لباول حقا في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى منازعة السلطة التشريعية أو التدخل في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائيا في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه قضائيا من المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).



### المبحث السادس عشر

#### الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماع أية دعوى يكون الغرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال المياداة باعتبار أن ما تؤخاه هذا القرار بقانون هو صيانة نظام الدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحصر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تندرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تنبسط عليها رقابة القضاء.

وتؤصل للمحكمة العليا نظرية أعمال السيادة مقرر أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتماد بالتالي بأوصافها أو كيوفها التي يخلعها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تكفي لأوصافها وكيوفها هذه، وتهدر أحد الحقوق التي كفلها الدستور.

وترد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال السيادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال السيادة التي يتحدد مجالها أصلاً في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية<sup>(١)</sup>.

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص

٤١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية وقرارات التفسير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة التي تنفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان حسبها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جذورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تعبا بتقصيه، وأغنتها عنه الطول للجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقوم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع للنظرية أعمال السيادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك للقوانين المنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الطول الجاهزة كافية أو صالحة لتقيم نظرية الأعمال السياسية على عمداء، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسسها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال السيادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعيين شديد للغموض، ويتم بالانقراض إلى التحديد الواضح للعناصر التي يقوم عليها.

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإتشائها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع للنظرية أعمال السيادة التي ترد جذورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحكم مجلس الدولة في مصر. وردت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنقتها المحكمة العليا من قبل ولم تزد عليها شيئا<sup>(١)</sup> سوى ما قرره في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "مستورية" من أن للمسائل السياسية تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة التي تنبثق من مبدأ الشرعية ومبدأ القانون كأصل عام يحكم الرقابة على دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>.

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تثبت أن عادت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -وبصورة نهائية- بين نظرية أعمال السيادة التي لا يتطابق

(١) "مستورية علواً" القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٥ من يوليو ١٩٨٣- قاعدة رقم ٢٢ من ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر هذا الحكم بجلستها المحققة في ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- من ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلا على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهوما لنظرية الأعمال السياسية، على عدد من الدلائل أبرزها<sup>(١)</sup>.

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -وكأصل عام- في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه. وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على أن طبيعة هذه الأعمال تأتي أن تكون محلا لدعوى قضائية. ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها المشرع عليها، متى كانت تتلقى خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي- اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الدخل أو الخارج- لنأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والنود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداها، وأبعد في نطاقها تحقيقا لمصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعها فيها جهة قضائية، خاصة وأن تفويضها يستلزم توافر معلومات وتضوابط وموازين تقدير لا تتاح لها، فضلا عن عدم ملائمة طرحتها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتتسبب عليها رقابتها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية تكفي على ولاية المحكمة الدستورية العليا، تجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية ولها كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -على ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -وهو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرسنها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تقتصر إلى الوضوح، وتناقض كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوءها هذه الأعمال، وذلك من الوجهة الآتية:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

٢. أن المسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملاحظها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تقسم بمرورها، وواقعيتها، وبضرورتها ويقتدرتها على أن ترد عنها -بقدر كبير من الصم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيلها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي اقتضتها.

وكان منطقياً بالتالي أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير أطول التي تلتزمها. ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخلوها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن تصرفها بقدر كبير من الحرية يوفر للفرص الأفضل لإجرائها، وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تدخل أحياناً في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن تركزها جهة للرقابة على الدستورية في تقدير ملائمة هذا القرار؛ ولا أن تناقشها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطانان، أو أحدهما به، وبصفة نهائية.

٤. أن المعامل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كأن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها، غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي تروخى تكريم الأشخاص الذين عينهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، وتقديراً لدورهم في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها. وتحقق هذا التكريم من خلال المزايا المالية والمعنوية التي كفلها لهم. إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداة مخالفة أحكامه لنصوص المواد ٩٢ و٩١ و٩٠ و١٢ و١٣ و٤٠ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزاياه، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أتميمتهم الوظيفية - وهو ما لم يفعله المشرع - وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التعيين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد اختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مرددا إلى جهودهم في القتال إعداداً وتكبيراً وتنفيذاً.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ائق "مستورية" - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٣٩ - ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشرع قد حددها سلفاً وأبان عنها تفصيلاً حتى تراقبه المحكمة الدستورية العليا في كيفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئاً من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التنوع والتميز في فنون القتال، وهي عناصر يحظر على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوالى لديها فضلاً عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاً بالانكريم.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتعلق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها ويطلق تنفيذ خططها، ويقدر جهد كل من القادة فيها، وهو ما لا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال الميامية سواء في ماهيتها أو نطاق تطبيقها، إلا أن بنیان حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلاً في انتفاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المسائل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائياً فيها Non-justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر عملاً بنص المادة ١٥١ من الدستور- تكون لكل معاهدة تولية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، قوة القانون.

وبتعيين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي نقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يتعلق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية اتفاق القواعد التي تحتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للكوضاح المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع الدستور مؤداء ضرورة النزول على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعبارةها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، والتي تلزمها بأن تنتظر أصلاً إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن للتكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها، وتترابط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائماً في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتيتها، فلا تتنظمها وحدة تجمعها. وإنما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يختلط بغيره، أو ينتمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التي ارتضتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، إلا شرطاً لإرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقي من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مجافياً للعدالة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

فإذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، تعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقتها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية. فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

وأُسس المدعى دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سريلانها على من يقبلون بأحكامها في جملتها. فإذا كان ما ارتضوه مقصوراً على بعض أجزائها، فإن ما رفضوه من أحكامها لا يكون سارياً بالنسبة إليهم.

وإذ قبل المدعى التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من بيعها لأموالهم؛ وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية؛ فقد تحين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها- وإنما تأسيساً على دعائمين آخرين:

أولهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفقة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تنفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي ارتكبتها الحكومتان المصرية واليونانية نطاقاً لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين



الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطاق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منبها لكل نزاع حولها، ومبرنا نمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية اليونانية، ما يراء من قواعدها كافلا لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا تختص به غير الدولتين المتعاقبتين. ومناطق صحته، تراضيهما معا على إجراءات، خاصة وأن من المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال معاهدة تبرمها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق الشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان سريان الحقوق التي رتبها للمعاهدة الدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على السكول أطرافها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم الوارد بها بالتالي -ولما كان مضمونه- منصرفا إلى مواطنيها.

وما تقدم مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقريبو صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تثير مسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاتدراجها في إطار المسائل التي لا يجوز للفصل قضائيا فيها.

٤٧٥- وتعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتتحصل واقعاتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية -وفي نطاق أغراض الدفاع المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١٩٦٥/٩/١١.

ووفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة؛ لغیر الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم القانونية، أو الأضرار التي ألحقوها بالأشخاص أو بالأموال -ويوجه عام- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريتها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيهـم الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفاً لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررّة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية تنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيائها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة... التي تنحصر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بعلاقتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا<sup>(١)</sup>.

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إصراره في تطبيق نظرية الأعمال السياسية وبمسطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون ترقياً على استمرار أحقيتها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معاقبة أفراد القوات الحليفة -وحفاظاً على تمامتها ودعم قدراتها القتالية- أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبوها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدابير الدفاع المشترك بين دول للجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يدخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تعريض عن استمرار أحقيتها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسؤوليتهم المدنية لا الجنائية.

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤٤ ق. دستورية" جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" - والتي كان المدعى فيها قد طعن بعدم دستورية المواد ١٢ و ١٣ و ١٥ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي - (١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال السياسية، وأن الفصل في دستورتها يقتضي ابتداء التحقق من توافر متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة. ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعى تنحصر في الطعن على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان قانون العمل على العاملين في البنك المنشأ وفقا لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفيد حرمان المدعى من حق التقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الخصمية القانونية المتكافئة المنصوص عليهما في المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور؛ وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفته الرسمية، وكإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم إلى موطنهم الأصلي؛ كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال السياسية، وإن جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزا قانونيا مختلفا عن غيره من البنوك العاملة في القطاعين العام والخاص (٢).

(١) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" جلسة ١٩ يونية ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. هذا وكان المدعى قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء قرار نقله إلى القاهرة، وترقيته إلى التشريع السابعة بالبنك وتوضيعه عما أصابه من ضرر من جراء الفصل.

(٢) قضت المحكمة بانتفاء مصلحة المدعى في الطعن على المواد ١٢ و ١٣ و ١٥ من اتفاقية تأسيس البنك التي تقضي: أي لهما: بعدم جواز تأميمه أو مصادرة أمواله أو فرض الحراسة عليها أو، على المبالغ المودعة به.

وثالثتهما: بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي. ورابعتهما: بضمنان سرية صحابت المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات حجز قضائي وإداري عليها. ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي تقضي بعدم سريان قوانين العمل الفردي والقواعد المنظمة للمصرف وللجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطليقة الموضوعية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان القوانين المنظمة لحد العمل الفردي عليه.

## ٤٧٧- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن نظرية الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا شابها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال السيادة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار ثانيتهما أصلاً لأولاهما.

ثانياً: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان المسائل السياسية وأعمال السيادة، من الولاية القضائية، ذلك أن المسائل التي تدرج تحتها لا يجوز الفصل قضائياً فيها.

ثالثاً: أن هاتين النظريتين لا تبلوران انحزاً في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تخوماً لمباشرتها.

ولكنهما يقعان في إطار المشروعية القانونية والدستورية، وإن تعين دوماً ضبطهما في حدود ضيقة حصراً لدائرة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر.

رابعاً: أن المسائل السياسية تغاير في جنورها وضوابطها وتطبيقاتها، أعمال السيادة. ويتميز بالتالي فصلها كلية عنها.

### الفصل الخامس والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

##### المبحث الأول

##### اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها -وعلا بنص المادة ١٧٥ من الدستور- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتباشر كذلك سلطة تفسير النصوص القانونية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تفرد بولايتها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتنهض وحدها بمسئوليتها. ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً. ذلك أن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصلي. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

٤٧٩- ويُقرع عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد فسرتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، مؤداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تجليتها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوءها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحويل لها.

وإذا كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازماً أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي أهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكلما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا علي قانون أصبح عنها؛ فإن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استصفائها لهذه الإرادة من جديد.

فإذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض تفسيرا تشريعا صدر عن تلك المحكمة، تحين أطراح هذا القانون. ولا كذلك أن نصبح السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن نفسره المحكمة الدستورية العليا تفسيرا تشريعا. ذلك أن التفسير للصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قاطعا بحقيقة إرادتها التي ألهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا من جديد. بما مؤداه أن النصوص القانونية لا توجهها (إلا إرادة واحدة لا تتعدد أو تنقسم<sup>(١)</sup>).

ثانيهما: أن التفسير التشريعي رأيا كانت الجهة التي تتولاه- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهدا قضائيا يدور حول مضمون نص قانوني في نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها؛ ولا يقيد غير أطرافها؛ ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التمثال بين الخصومتين كاملا.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسوة، ولا ينهيه بصفة باترة، ولو تواتر للقضاء على اعتلاق هذا التفسير، واتخذ إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تفسيرا، تنقض به هذا القضاء المتواتر. ويكتفيها في ذلك أن تقرر أن المحاكم لم تسبق قصدها من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعي بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها بيان النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا انتحالا

(١) ومن ثم يكون خطأ ما قرره المنكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعا يفسر به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعا تفسيرا ينقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، ويأتي بتفسير جديد، إذ ينطلق الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيري عن المحكمة.

لإرادة غير التي حددت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيرا تشريعا، لا يفصل عن هذه النصوص، وإنما يندمج فيها ويصير جزءا لا يتجزأ منها. وكان النص للمفسر قد صدر منذ ميلاده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا لأن قرار التفسير يتعلق بمقاصد المشرع من النص المفسر. ولا يتصور أن تتفصل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

### المبحث الثاني

#### الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي

##### وفق قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>

٤٨٠-مطلبة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و ٣٣ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تنطق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. وأيا كان أمر هذه الشروط بوجهيها، فإن طلب التفسير لا ينحل إلى خصومة قضائية تتلخص بشأنها مصالح أطرافها من جهة تتنازعهم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجعلهم غرماء لكل منهم وجهة هو مولها، وفراقه تصادم مواقفهم ومصالحهم تمييزا عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداء وانتهاء حول استكناه الإرادة التي أضمرها المشرع، وصاغ على ضوئها النصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ والوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلورة هذه النصوص، أو التمهيد لها، أو الإحياء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يجوز تحليل مقاصدها، أو تفويض بنيانها؛ أو تحريفها. وإنما تحمل النصوص القانونية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً، على حقيقة ما أراد المشرع منها وثوخابها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجوداً تصورياً، أو يتخذها هزواً. وإنما أراد بها أن يغير واقعاً قائماً، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل التفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعنها أن يكون المشرع قد نقض أو تنقذ بالدستور في النصوص القانونية التي تصدرها. وإنما حصنها أن تبأشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

(١)التنضية رقم ١ لسنة ١٦ ق تفسير - جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.



تستظهر الإرادة التي تطلق منها النص القانوني محل التفسير، وأن تمخّلصها في حقيقة معدنها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلبس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها، طلبا في غير خصوصية قضائية، مقيدا بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقصورا على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتعلّق بالتفسير بها، ونائيا عن الفصل في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

### المطلب الأول

#### الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتختصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه.

وهذه الشروط الإجرائية لآزمها أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، وكو توافرت في هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائما على الموضوع.

### المطلب الثاني

#### الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فإن شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها؛ وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية -لا ثانوية أو عرضية- تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصراً في دائرة ضيقة؛ ولا آثارها متناهية في ضآلتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل العلائق الاجتماعية موضوعها، عريضاً من جهة المصالح التي يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر آفاقها، ولا تضيق دائرة تطبيقها، هي وحدها التي يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحصر اختصاص التفسير عما دونها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون القائلون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافاً بيناً في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي ترتبها. بما لا يوحد طرائق أعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإلما يكون اضطرابهم في فهمها، ونزاعهم حول دلالتها، منتهياً إلى تعدد تأويلاتها، وتعدّد التوفيق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتاً فيما بين المخاطبين بها، ويخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء في ذلك التي يكون المستور مصدراً لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتعلق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متراخياً حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون في مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جنلهم في شأنهم صاحباً عريضاً، أو قلائماً حول التفسير والتأويل، أو دائراً حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محلاً جوانبها المالية، أو كائناً عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص في حيز التنفيذ، ولا باختبارها من خلال تطبيق يظهر التنازع حول دلالتها.

يؤيد ذلك أن ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلباً لتفسيرها، هي تلك التي تنبأين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التنبيس من خلال التراخي في تطبيقها زمناً طويلاً بما يعطل سريانها عملاً. إذ تعتبر هذه النصوص قائمة رلقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد هومودها، أن توافر لها الأهمية التي تقتضى تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سريلانها في شأنهم<sup>(١)</sup> ذلك أن العمل بها، لا يكون إلا بنشرها في الجريدة الرسمية، وطول الميعاد المحدد لسريانها. وإن كان سريلانها قانوناً، لا يعنى بالضرورة تطبيقها عملاً.

وإذا كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتوخى غير ضمان توحيد تفسير للنصوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها. فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملاً، فإن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عملاً، هو وحده الذي يستهض الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط للتفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصل بتأصيل هذه النصوص أو التخريج عليها. ذلك أن للتفسير التشريعي، لا يتعلق بغير النصوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الإنابة عما قصده المشرع منها، غير ضمان لوحدة تطبيقها وفق ضوابط موحدة يتكافأ المواطنون في مجال الخضوع لها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ ص ٨٢١ جزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

### المبحث الثالث

#### لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية

##### من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً

٤٨٣- وباستيفاء الشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، تبأشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي توحيدها من خلال تفسيرها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور النصوص القانونية محل التفسير، وبشكلها، فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير التشريعي، تنحصر في استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالتها.

وبانتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من يدها، فلا تنتظر فيما إذا كان النص القانوني المفسر ينقض أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يترى بها المدعى إبطال نص قانوني يراه مخالفاً للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر في مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تناولها التفسير، ووفقاً على ما هيبتها ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القوانين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم ينطون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقررره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن يتخذ موطناً للفصل في دستوريته، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها دون تقييم لخروجها على الدستور أو اتفاقها مع أحكامه على تقدير أن النصوص القانونية المطالبون تفسيرها، إنما ترد إلى إرادة المشرع وتحمل عليها حملا، سواء ألتزم مضمونها مع أحكام الدستور، أم خالفها<sup>(١)</sup>.

---

(١) القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٧/٤/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٢ - من ٦٤٧ - ٦٤٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

### المبحث الرابع

#### طلب التفسير التشريعي ليس بخصوصية قضائية<sup>(١)</sup>

٤٨٤- ينحصر الغرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا في استكناه إرادة المشرع حتى يحمل النص القانوني المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يناقضها، شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التي لم يستثن القائمين على تطبيقها، حقيقة مقاصد المشرع منها.

وسواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه في الحالتين، لا يعتبر قراراً صادراً في خصوصية قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضي، ويوصفها -في صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء المنفعة التي يقرها القانون، والتي تعكسها الترضية القضائية التي يطلبها المدعي أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحطون لها غير المعاني التي قصدتها. وإذا تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في ذلك، فإنها تقيدها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية في تكوينها وضمائماتها، وإن تعين دوماً أن تتعلق ولائها بإرادة المشرع التي شكل على ضوئها النصوص القانونية مجلس التفسير. وأن ينحصر ولجبتها في استكناه هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مردداً إلى عبارة النص في سياقها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٢/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما نكتم مؤداه، أنه فيما خلا للشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لملولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية ياضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها. بل يستغل تماماً عنها. ذلك أن مرماه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بغيرها، لضمان أن يمتثل تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

### المبحث الخامس

#### طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- وإذا تفسر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فلن قرارها في ذلك يقيد السلطات كلها والناس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القاعّة القانونية على النحس الذي فسرتها به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو تردّها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص التي فسرتها، يحدد دلالتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، وواجب تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعي، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئاً أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عريقاً من حوله، سواء كان هذا النص غامضاً خافياً معناه، أو كان معناه الظاهر مناقياً ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تعيد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يظن لها القائمون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يرتد إلى النص المفسر منذ ميلاده -لا لإجراء تحليل فيه بشأن رجعي- وإنما بالفقرات صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التي كان عليها النص المفسر حين حسن ظهر قانوناً إلى الوجود<sup>(١)</sup>.

(١) محكمة عليا -الاعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٩٣ من الجزء الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة في الدعوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن القرار المفسر الصادر من سلطة مختصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءاً من التشريع الأصلي الذي فسره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلي -بالمعنى الذي تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب للتطبيق من وقت نفاذه؛ فلن هذا لا ينطوي على إجراء أثر رجعي لهذا القرار. ولا يمتنع سريان قرار التفسير على الوقائع التي تحدث في الفترة من صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراماً لمبدأ حجيتها.

وأقتر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جملة ٣٠ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١ - ص ٤٧٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



### الفصل السادس والعشرون

#### الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشئونها الخارجية

##### المبحث الأول

##### التدخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق

٤٨٦- تثير إدارة الدولة لشئونها الخارجية محاذير كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشئون يعتبر حقاً مقصوراً على رئيس الجمهورية. أم أن للسلطة التشريعية دوراً في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن الشئون الخارجية تتعدد ملامحها وصور التدخل فيها.

فلسلطة التشريعية -ودون ما تميز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعرافهم أو ألوانهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخضعون لها عند وجودهم فيه. واختصاصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسؤوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جنائية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي؛ وإن تعيد بشرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(١)</sup>.

ولها كذلك أن تعمل على ضمان إيفاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقتضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية ولها أن تكون موضوعها، بشرط أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقاً للدستور؛ وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصرفها للشئون الداخلية في بلدها. ويظل تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كافلاً لمصالح قومية ملحة<sup>(٢)</sup>.

والسلطة التشريعية فضلاً عما تقدم، أن تحل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تفسير هام غير متوقع طرأ على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تتدخل من

(١) United States ex rel, Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(٢) United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

المعاهدة إذا أخلت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هو أن تعمل السلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدها طرفا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا التعهد ضمانا لتواصل الأمم فيما بينها وتوكيدا لتداخل مصالحها.

والسلطة التشريعية دائما أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحار، وأن تأمر بعونهم إلى بلدهم عند الضرورة، وأن تعاقبهم على امتناعهم عن العودة إليها، وأن تمنعهم من الاتجار في الأسلحة في مناطق القتال الأجنبية.

ولها كذلك أن تفرض رقابتها على سفنها للتجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظم سلوكها حتى أثناء وجودها في للبحار الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تتسامح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها<sup>(١)</sup>.

وإذا تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها في مجال الشؤون والعلاقات الخارجية الدولية، فإن عليها أن تنفذ في ذلك قواعد الدستور، وعلى الأخص ما اتصل منها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها في هذا النطاق - وهي عريضة في اتساعها - يتعين إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلتقيها السلطة التشريعية عن الدستور، وفوضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية السليمة بكل تنظيم يصدر عن السلطة التشريعية في نطاق الشؤون الخارجية، وأن تتوفر علاقة منطقية بين مضمون الاختصاص المخول دستوريا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذه<sup>(٢)</sup>.

(١) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

(٢) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تثير إدارة الشؤون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة؛ ولايتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك في نطاق الشؤون الداخلية غير صور الاختصاص التي تقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية - لا لأن الدستور خولها هذه السيادة وقصرها عليها - وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداها أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعاهد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والدخول في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية بصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور بغير إخلال بالقوانين المعمول بها<sup>(١)</sup>.

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشؤون الخارجية التي تستقل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط أهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشؤون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها بهرد هذه الأعمال على أعقابها، يفقد ضمنا اختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بنائها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان التدخل بسلطانها هذه لازما لمواجهة مضار ألحقها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها؛ وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غايتها إرضاء مشاعر قومية ملتهبة<sup>(٢)</sup>.

(١) Kennedy v. Mendoza - Martinez, 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكي على أن لرئيس الجمهورية السلطة التي يرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونسبة مجلس الشيوخ وبشرط موافقة ثلثي أعضائه الحاضرين.

(٢) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشؤون الخارجية التي يستقل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور.

Zschemig v. Miller, 389 U.S. 429 (1968)

ذلك أن مواجهة الأعمال العدوانية بالتدابير الملائمة، ملطة خطيرة في اتساعها، وفي قدر  
 مساسها بحقوق المواطنين وحررياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حدود منطقية تزنها بقدر  
 الضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجراء  
 ولو كان مضافا لطبيعتها<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) See Concurring Opinion of justice Jakson in Woods v. Miller Co. 333 U.S. 138 (1948).

### المبحث الثاني

#### بعض أحكام المعاهدات الدولية

#### المطلب الأول

#### مستورية المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلاده، ولو لم يكن هو الذي حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض على معاهداتها الدولية وإبرارها وإنهائها، وفي أن يقيم علاقات مع الدولة الأجنبية أو ينهيها<sup>(١)</sup>.

وكل سلطة لا يتلقاها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يباشرها، أي كان قدر الحاجة إليها أو الأوضاع الطارئة التي تتطلبها. وإذا كان الدستور في بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول في معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة، إلا أن تقييد سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص في الدستور. والأصل في المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ في شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيراً في الشؤون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التي تنظمها، وضرورة التقيد بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير في آثاره من ناحيتين يوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل المسائل التي يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية عليا قلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشئون زمامها أصلاً بيد السلطة التنفيذية تنظمها من خلال معاهدة دولية تكون الطريق الوحيد للتدخل في علاقات من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية في إطار المسائل التي يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقرر ملامحة التفاوض عليها، ولا أن تفصل في حسن أو سوء نية السلطة التنفيذية في مجال تنظيمها

(١) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., L.Review, 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوماً أن تفرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها<sup>(١)</sup>. ذلك أن كل معاهدة دولية -وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها على كافة المسائل التي تناولتها<sup>(٢)</sup>- دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليعملها قانون لاحق عليها<sup>(٣)</sup>؛ أم كان لها قوة قوة القانون، فلا يعملها قانون تال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تحل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تتناقض أحكامها التي لا شأن لها بما إذا كان الدخول في المعاهدة في الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستورياً لولاياتها. يؤيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة في أبعادها لا تحميها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية<sup>(٤)</sup>. وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة -وبالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التي تمثلها- أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التي يجوز التفاوض عليها، ولو كان من بينها ما يحتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملائماً وضرورياً وذلك لأمرين:

**أولهما:** أن المعاهدة والقانون دون الدستور في مدارج التنظيم القانوني في الدولة. ويتعين بالتالي أن تأخذ المعاهدة في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها في الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها -من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها- حقاً تطور بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية في ذلك -ولو كان إبرامها بموافقة السلطة

(١) J. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 251- 70 (1972); Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 227.

(٢) De Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957).

(٣) Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 pet) 253, 314 (1829).

فإذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فستحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفي هذه الحالة يعتبر هذا القانون ملغياً للقانون السابق. ولا يقال عندئذ بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفي الدول الفيدرالية تسمو المعاهدة على أي قانون في الولاية ولو نظم هذا القانون مسائل تدخل في اختصاصها.

(٤) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 227.

التشريعية، وفي حدود توجيهاتها- شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول في المعاهدة الدولية وفق أوضاع شكلية تغاير تلك التي يتطلبها الدستور في شأن اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملاءمة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريته. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لمسياسة تم الاتفاق عليها، أم كان التفاوض عليها وإبرامها قد تم لموجهته لأوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحصنها؛ وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى السلطة التي أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذا الاختصاص؛ وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التي تعلق هذا القانون بها.

### المطلب الثاني

#### مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة

٤٨٩- تتوزع السلطة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تندمج في بعضها، حتى مباشر كل منها -على ضوء تعاونها لا تناحرها- وظائفها بصورة مقترنة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال من الرقابة التي يتبادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكفل تساوياً مع بعضها *The system of cheques and balances*. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي تبشر السلطة عن بعضها، لا يتقرر دائماً بخطوط قاطعة. بل كثيراً ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالغموض. وهو ما يلقي ولجاً ثقيلاً على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشؤون الخارجية، من خلال معاهدة دولية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلاقات بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شؤون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقده لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إدارته لهذه الشؤون لا تقتضي من تفويض يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيداً في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطته في إدارة الشؤون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بغلبة عناصر التقدير على ضوابط

للتقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفة بظروفها وخبرته بشئونها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادره المحايدة التي ترتبط به مباشرة - كرجال مخابراته وسفرائه وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها - للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تنبئ خطأ، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير - التي تعتبر سريتها وضرورة كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد الملامح الجوهرية للسياسة الخارجية - شكل التدخل بوضوح التأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، ولئلا هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطه الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوبا فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، مطلقا أحيانا على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها<sup>(١)</sup>. ومن بلب أولي إذا كان نفاذ المعاهدة في الدخل واقعا بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ويدمجها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة القانون، بمجرد التصديق عليها ونشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما مؤده أن كل اختصاص يتفرد به رئيس الجمهورية وفقا للدستور، يظل واقعا وراء حدود السلطة التشريعية ورقابتها. ذلك أن الأصل في السلطة - أيا كان مضمونها أو الأفرع التي تبثها - هو أن يكون الدستور مصدرا. فلا تباشر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حددها الدستور، وكذلك ما يندرج ضمنا تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعاً، وواقعاً في حدود الدستور، كان للسلطة أن

(١) United States v. Curtiss - Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).



تعمل على تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المحظورة، والموافقة للدستور في عبارته وروحه<sup>(١)</sup>.

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

ولرئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إدخالها على المعاهدة، أن يتخلى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التفاوض على المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم على عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بلودها<sup>(٣)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يخصص لغيره في التفاوض على المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض يخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلاً لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق<sup>(٤)</sup>.

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية - إذا اشترط الدستور تدخلها للموافقة على المعاهدة - المعلومات التي يقر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة ونتائجها<sup>(٥)</sup>.

(١) Mc Culloch v. Maryland, U S. 4 Wheat 316, 420, 421 (1819).

(٢) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

(٣) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لتقنين المعاهدات 39126 Document A CONF.

(٥) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fourth edition, 1957, pp. 428- 429.

ولها بعدئذ أما أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط أو تعليق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على الاحتفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتصاهم حول دلالتها<sup>(١)</sup>. ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، معلقا على تحفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويثير بيان التصاهم محاذير كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيرا للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها<sup>(٢)</sup>. كذلك فإن الاحتفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزا إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنائها، مما يقتضي القبول بها فسي مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

### المطلب الرابع

#### تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحبط الأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة ترتد في جذورها إلى القواعد التي تفسر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -وعلى ما تنص عليه المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- <حضور تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن النية، وعلى ضوء المعنى المعتاد الذي يتعين أن يعطى لعبارة ومصطلحاتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها>.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملحقها وديباجتها؛ وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلا عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

(١) The constitution of the United States of America, U.S. government printing office, Washington 1996, p. 420.

(٢) يقصد بالتحفظ -وعلى ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الفردي A Unilateral Statement أي كانت الطريقة التي صوغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الآثار القانونية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها بالنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وقضلا عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة المعمول بها في علائق الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما ينطبق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل على قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطى كل مصطلح في الاتفاقية معنى خاص، إذا قام الدليل على اتجاه إرادة الدول إلى هذا المعنى<>.

وتجزئ المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع الملزمة لإبرامها، وذلك من أجل تأكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية؛ أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقا لنص المادة ٣١ المشار إليها، يترك المعنى غامضا أو مجهلا، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول Manifestly absurd or unreasonable.

وتنص المادة ٣٣ من الاتفاقية للمذكورة على "أنه كان نص المعاهدة محررا بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تتفق الدول أطرافها على تغليب صيغة رسمية معينة على أخرى، حال اختلافهما في المعنى. ويفترض أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها. وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تتفق فيها الدول أطرافها على تغليب صورة على أخرى من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تغاير في المعنى بين صيغة وأخرى عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفضى -إذا تدرج طه من خلال المادتين ٣١، ٣٢ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعنى الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إيلاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها".

٤٩٢- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلا في نطاق القانون الدولي؛ وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون على أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي<sup>(١)</sup>. وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

(١) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع.

"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.p20,26.

وكذلك رأيها الاستشاري في موضوع "Postal Polish Office in Danzig." Ser.B.No.11, at 37

علي صياغتها جحذر كبير - في ملتين<sup>(١)</sup>. والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فمنهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها التعبير الأقوى والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصياً منفصلاً عن نصوص المعاهدة؛ ويركز نفر آخر علي موضوع وأغراض المعاهدة، المعلنة أو الواضحة.

والذين يحاولون من الفقهاء على نوايا الدول المتعاقدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تفيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها - خاصة في المعاهدات التي تتعدد الدول أطرافها - يسوغون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء في غالبيتهم يرون أن المكلة الأولى في التفسير، هي تلك التي تحفظها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يسقطون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمحاكم الدولية جميعها تلجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد على المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطاً توجيهية لضوابط التفسير لا ترقى إلى مرتبة الإلزام، وإن ملاءمة تطبيقها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة اقتناع المفسر - لا بغاية تطبيق هذه الضوابط - وإنما بمدى صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها أبرزت -ها المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تقييد قواعد تفسير المعاهدة على ضوابطها، كلما كانت ملاءمة تطبيقها في حالة بذاتها، معروفة على الطبيعة الخاصة لنص معين، أو على النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر في تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التقنين على تلك القواعد التي لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها في مجال تفسير المعاهدة. ويندرج في إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض تفسيران للمعاهدة أحدهما يمنحها للفعالية والأخر يحجبها عنها على

(١) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأقرب باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

#### ٤٩٣- ويتبين أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا نقول أحداً أن يفسرها بما ينالض دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير يحل تحديلاً لأحكامها، ولا يتوخي مجرد تحديد معانيها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يتعين النظر إلى المعاهدة إليها كوحدة متكاملة أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلى قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفيد تدرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانوناً على بعض Hierarchy of norms.

ثالثاً: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالاتها المعتادة، وفي إطار سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحبط أغراضها، وأن يعول دائماً على ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهمها فيما بينها على المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداءً The Textual Approach أنه للتعبير الأوضح والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التحويل عليه أصلاً فيما خلا الفروض النادرة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مردد أنها شريعة العقد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

(١) Ut res magis valeat quam pereat.

(٢) أنظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J Reports 1950,p.229  
Annuaire de l'institut de droit international ,vol.44, tome I(1952),p.199.

خامساً: الأخذ بالمعنى المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، على ضوء مفاهيم مجردة، وإنما يتحدد في إطار سياق المعاهدة، وعلى ضوء موضوعها وأهدافها، ووفق معقولة أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك نقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لأية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة على إعطاء لفظة لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلالاتها، وعلى ضوء سياقها. فإذا أمكن إسناد معنى معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية لمهمة المفسر<sup>(١)</sup>".

سادساً: أن ما قد نتصوره إحدى الدول من معانٍ لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يدعو أن يكون تحفظاً ذهنياً Mental reservation قد يقوم الدليل على نقيضه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عباراتها.

سابعاً: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحتكم إلى التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، و لا إلى التفسير المضيق لنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق السيادة وفرض أقل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقاً طبيعياً تعمل فيه، ودائرة لسيادتها ومضمونها لأحكامها لا يجوز أن يخل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تنقضان إرادة الدول أطرافها، ولا تسحان مجالاً حقيقياً لتعمق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نعتد بمعانيها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traités Lois، أم كانت من طبيعة عقيدة Traités Contrats، وأن نأخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لأن نحلها بمعانٍ ترفهتها، أو تحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي<sup>(٢)</sup>، وذلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

(١) I.C.J Reports 1950, p.8.

(٢) I.C.J Reports 1950, p.8.

ثامنا: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعلا عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها، وحتى الدلالة للقاطعة لبعض ألفاظها في أجزاء من المعاهدة، قد تنقضها معان يمكن أن نستنبطها من باقي أجزائها.

ثامسا: خلو المعاهدة من نص يحكم للحالة المعروضة، لا يجوز أن يظل يد المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكما يغطي به هذا الفراغ، تحين تطبيقه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقرر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. فلا يعلو القانون على المعاهدة، ولا المعاهدة على القانون. ولكلتهما يتكافأان في مرتبتهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تحين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن تتنازل معاهدة دولية -ولها كان موضوعها- من نصوص الدستور في جوابها الشكلية والموضوعية.

(١) ومن ذلك ما قرره محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتعويض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تسببهم وتؤدي إلى خوتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثاق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يفرض مولاة للملئين الأهلية القانونية التي يقاضون بها الدولة التي صدر عنها العمل الضار؛ إلا أن هذا الميثاق لم يجردهم كذلك من الأهلية، وما كان بوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المسؤولة، بغير تمتعهم بتلك الأهلية، ومن ثم يكون واجبا المستراض ثبوتها لهم. راجع أيضا:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949, at. PP.23-26

Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما تدعيه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية المريضة في اتساعها، والتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خلال معاهدة دولية، ويقتضين فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تنطوي في لية ولاية، وإنما يكون مرورها بها عابرا. والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. وبدونهما لن تكون ثمة طيور تنظمها أية سلطة. ولن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقيبة وحماية المحاصيل من حشرات<sup>(١)</sup>.

وكلما تعارض مضمون المعاهدة وقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القانون، فإن أولوية التطبيق تكون لهذا القانون دون المعاهدة *Leges Posteriores Priores Contrarias* Abrogant.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكافأان في هذه الصورة في درجتيهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلا أو منهيها لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تعدله بشرط أن تكون نافذة بذاتها *Self-executing Treaty*<sup>(٢)</sup>. وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصور قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الدخلي ويجعلها واجبة الاحترام<sup>(٣)</sup> فإذا كان تنفيذها مطلقا على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائما إلى أن يصدر القانون اللاحق. وكثيرا ما تكون المعاهدة غير نافذة نفاذا ذاتيا، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعها<sup>(٤)</sup> أو بناء على نص فيها.

(١) كتلت الولايات المتحدة الأمريكية قد أبرمت معاهدة مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانونا لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية ميسوري نعت على هذا القانون بتدعيه على المجال المحجوز للولايات بمقتضى التحليل المباشر للسناتور الأمريكي. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة قضت بأنه لا شبهة في دستورية القانون المطعون عليه، لصدوره عن الكونجرس في نطاق سلطته في اتخاذ التدابير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة

*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 432 (1920).

(٢) *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933).

(٣) *Faster v. Neilson* 2 pet (27 U.S.) 253, 314 (1829).

(٤) ومن ذلك معاهدات الحاد، والمعاهدات التي تتعلق بالحرب والمعاهدات التي تكفل للأجانب حقوقا مدنية يتساوون فيها مع المواطنين



وقد تكون للمعاهدة قوة تملو على القانون، ولا يتصور في هذه الحالة أن يجعلها قانون لاحق. وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دولية قوة تربيو على القانون إذا كان التصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشروط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوبا لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرضين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة واقعا في إطار المسائل التي عهد الدستور صراحة لى السلطة التشريعية بتنظيمها. وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة في إطار اختصاص كفه الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفي هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر في الدستور يخولها هذا الاختصاص. وإنما لأن ولايتها المقررة بالدستور يندرج تحتها ضمنيا. إقرار كافة القوانين التي تراها ملائمة وضرورية لإعمال مقتضاها *The necessary and proper clause*.

وليس المشرع في نظام فيدرالي، أن يجرم الأعمال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستطيع تقرير عقوبة عن هذه الأعمال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، معن الحقوق التي كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع الفيدرالي، إلا إجراء ضروريا وملائما لتنفيذ هذه المعاهدة<sup>(١)</sup>.

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقا للدستور بتحويل تفاصيلها سلطة قضائية على مواطنيها في الدول الأجنبية، لأن ذلك من المهام التي تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تكميها لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائما وضروريا لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانونا بتسليم الهاربين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسعها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيرا من القوانين التي ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

(١) Neely v. Henkel, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتتخصص الرقابة على الدستورية في هذه الصور جميعها، في التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضروريا وملتما لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد تجاوزت حدود ولايتها، وأنت بالتالي عملا مخالفا للدستور.

بما مواءم، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والتزاماتها، تتفرع عن حقوق السيادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها. وليس لسلطة محلية من شأن بها. وإنما للشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق في شأنها.

### المطلب السادس

#### المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفا للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي تتطلبها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره نصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفرض أن تكون إطارا لها، ومنحلا لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تدخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي كفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية في تطورهما الراهن تتناول مسائل تتنوع مجالاتها بإطراد، ويزداد اتساعها يوما بعد يوم، ولم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدرا كبيرا من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعمال المهاجرين، واستغلال المدميين والبغايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزوج قسرا، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض على دعاة المرأة للتعامل في الأطفال، وارتهاش شخص وفاء

لدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو غير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجافية لشرط الوسائل القانونية السليمة، كالإيداع غير المشروع في السجون.

### المطلب السابع

#### المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تنقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي تتطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاماً تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان الدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يعد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على خلاتها<sup>(١)</sup>.

وليس لقضاء الشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار التحفظ على المعاهدة؛ ولا بقرار سحبها؛ ولا بالشروط التي تنفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة، سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأجنبي عنها، حقوقاً تمنحها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار الدول المتعاقدة فصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعض؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو انسحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطاً بالتقيد بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاء الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، كالتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وهو

(١) Taylor v. Morton, 23 Fed. Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة؛ إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يرتبها التصديق. كلاهما يخلق على المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون للدخلى بد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملاً بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تجرد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في النطاق الداخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطاً جوهرياً لافتراض العلم بها، ولإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها على المخاطبين بها.

ويعتبر التصديق على المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيراً من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكلهاما يختلفان في أن التصديق على المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- على أحكام المعاهدة<sup>(١)</sup> ولا كذلك الانضمام إليهما Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها، ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قبولاً من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تعيها الدول الأصلية في المعاهدة<sup>(٢)</sup>. وهي الدول التي أبرمتها ابتداءً؛ وإن كان خضوع المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، شرطاً لسلامتها دستورياً.

كذلك يفرض قضاء الشريعة الدستورية رقابتهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

(١) الأصل في القانون المخلص هو أن تحمل إرادة النائب محل إرادة الأصل متى التزم النائب بتعليمات الأصل. وكان من المفترض في القانون الدولي -فيما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة نافذة في حق الدولة إذا أبرمها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاتها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن للتصديق اللاحق على التفاوض، يستتر إجراء ضرورياً لتنفيذ المعاهدة.

(٢) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفا لل دستور، إنكار هذه النصوص للحق في التقاضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة؛ أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون؛ أو للحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

### المطلب الثامن

#### إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تفصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضيا تكميلا من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيرا ما يستقل بإنهائها بعد الدخول فيها، مستندا في ذلك إلى مسؤوليته المباشرة عن إدارة الشؤون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها. فلا يتخذ قرارا بالدخول في المعاهدة أو بإلغائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم يقتضيه إلغاء لمعاهدة تم إبرامها وفقا للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها واحدا.

وقد يقال بأن تعليق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، موداه أن يكون تكميلا مطلوبيا كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان للمعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملا تشريعيًا.

إلا أن التجربة العملية تدل على أن السلطة التشريعية كلما تصدر قانونا تلغي به معاهدة نافذة. غير أنها أحيانا تتخذ موقفا من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطارا ملائما للتدخل لإنهاء المعاهدة<sup>(١)</sup>.

(١) اتخذ الكونجرس الأمريكي قرارا مشتركا حول رئيس الجمهورية بمقتضاه -في حدود سلطته التشريعية- بأن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لاتفاقية ١٨٢٧/٨/٦ المتعلقة بالاحتلال المشترك لهاتين الدولتين لإقليم أوريغون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخطي عنها بدءاً من الفترة التي حددها هذا الإخطار لانقضائها. وقد بنازع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض صدر عن السلطة التشريعية تكلفه به الاتصال من معاهدة قائمة<sup>(١)</sup>. وقد يلغى رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها<sup>(٢)</sup>.

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة، بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتححر منها، بل لها أن تبقى نافذة في مواجهتها<sup>(٣)</sup>.

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملاً يستقل به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار توافق بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تنفرد به هذه السلطة - هو أمر نادر - فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة للقضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو اتصالها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تتنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر العنصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطوير ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائياً فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تنقيد به، وألا تحتد بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

(١) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك على قراره.

(٢) ألغى الرئيس الأمريكي كلرتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترح ضد الإلغاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل في نزاع مع رئيس الجمهورية.

(٣) *Charlton v. Kelly*, 229, U.S. 447 (1913) at 473- 476.

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتتوافق مذهبها في تصرفها، وإلا كان ذلك اعتداء منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومراجعتها غير مقيدة في ذلك لا بمسائير الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بتشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة اللاحقة، أو من دليل آخر، على توافق الدول أطرافها على أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام التعارض الظاهر بين نصوص المعاهدين بحيث يستحيل توفيقهما معا<sup>(١)</sup>. ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تخليها عنها أو انسحابها بها منها أو وقفها لها، بولجها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتنال لها نزولا على القواعد التي ألزمها القانون الدولي بالخضوع لها مستقلا عن المعاهدة<sup>(٢)</sup>.

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشوئها صحيحة وفقا لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إيرامها باطلا أصلا نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلا بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة؛ وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ في واقعة، أو في مركز كان يفترض أن يتحقق وقت إبرامها؛ إذا كان هذا الخطأ عنصرا جوهريا في قبولها بالتقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممنسل الدولة المتعاقدة بما يؤثر في إرادتها؛ ويحملها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملا إراليا وتصرفا قانونيا يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، *A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character* إذ يعتبر ظهور هذه القاعدة، منهيا للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

(١) انظر في ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتتمس الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف في معاهدة ثنائية لإخلالا ماديا *A material breach* بمعاهدة ثنائية، يخول

لطرف الآخر إنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

(٢) انظر في ذلك المادة ٤٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

### المطلب التاسع

#### المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كذلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تنطبق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها للدول المتعاقدة فيما بينها في شأن يتعلق بعلاماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد ترقى المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد النظر إليها كتنظيم جماعي يضم دولا عديدة، بما يشرع لها على نحو يحل القواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنتقضها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقدينا شاملا يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرة الدول Law-making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استغلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظورا على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل يعيها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها Jus Cogens ومن ذلك ما ينص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إثبات بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير الناس عرقيا وإبادةهم بصورة جماعية، وسحق أحييتهم من خلال المسخرة، وتعذيبهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم؛ وإخفائهم عن ذويهم وحملهم على تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم؛ وقهر إرادتهم لإكراههم على الإقرار بجريمة.

٥٠٣- وأيا كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذها بمواد أن تنقيد الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servenda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية<sup>(١)</sup>، ويأثر مباشر. فلا تحكم المعاهدة أفعالا سابقة عليها، ولا مركز زال وجودها قبل سريانها ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

(١) المادتان ٢٦ و ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.



### المطلب العاشر

#### الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها

#### في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- تنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيرا من الشؤون التي تعنيها وتتصل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، العملية الأكثر تعقيدا في مجال تكوينها.

بيد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيما بين الدول أطرافها. وإنما تنفذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التي أبرمتها. فإن لم تكن قد وقعت، فإن المعاهدة لا تنفذ قبلها بغير الانضمام إليها.

وقد لا تصدق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تترافى فيه مدة من الزمن تطول أو تقصر، فلا تنفيذا المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. ودولها عن التصديق عليها أو أرجاؤه، مردد إلي مصالحها التي تترنبا بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلا، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص بسايرها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءا منها.

وليس ثمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتقيدها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين Monisme. وهي وحدة مقتضاها أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غير الدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون Dualisme وتجعل هذا التطبيق موقوفا على صدور ذلك القانون. وهو ما يحمل في ثنياه، كثيرا من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلا تنظم علائق الدول فيما بينها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتقنين المتطور لتواعد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنما

كذلك عن طريق العمل على ضمانها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحدها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها<sup>(١)</sup>. فلا يكون لقتضاء الأفراد لحقوقهم التي يبنتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحرياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة . وإنما بالنظر إلى كونهم بشرًا، وينبغي أن يعملوا على هذا النحو . فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقًا هامة. بل حقوقًا نافذة تنبض الحياة فيها . وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتكزع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سببًا لتصلها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضييق بها لمجرد أن بلدا آخر لا يعطيها ما تستحقه من الاهتمام، أو لا يظنها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها<sup>(٢)</sup> أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أمها القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للسيادة الإقليمية، يقدها اليوم ما هو ملحوظ من تدخل مصالح الدول لا تصالمتها، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلى التي تنظم الدول بها الإطار الملائم لعلاقتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجبًا. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغیر أعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقين لنفاذ المعاهدة إحداها على صعيد العلائق فيما بين الدول بعضها لبعض، وأخرها على صعيد العلائق فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معنيين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تفسر المعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توفق مصالحها الضيقة،

(١) ومن أسف أن هذه الألية لا تصل أبداها إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على ضمان حقوق الإنسان التي تكفلها المعاهدة. ولكنها -وعن طريق اللجان التي تنشئها لمراقبة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلى الدول المتعاقدة التي تلت بها، أو تبث في أخص القروض ضموها عليها لتمسسين وضعية حقوق الإنسان بها.

(٢) تأخذ بعض الدول كالسيفال وفرنسا، الأولى بمقتضى المادة ٩٨ من دستورهما الصادر في ٢٢ يناير ٢٠٠١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورهما، بمبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى الطرف فيها.

وأن تقرر بنصها شروط سريان المعاهدة في إقليمها، لصار انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم معلقا على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تقبضها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوافر للسلطة القضائية سركما ظل تنفيذ المعاهدة متراجعا على الصعيد الداخلي- المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إيصال الحقوق لأصحابها.

فإذا أضير الأفراد في الدول المتعاقدة من عدوان هذه الدول على تلك الحقوق، أعوزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدوان، فلا يحصلون على الترضية القضائية Judicial relief اللازمة لجبره. بما موداه أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانونا فعالية تنفيذ المعاهدة. ذلك أن المحاكم هي التي تعطيها تفسيرا يوافق موضوعها وأهدافها، وبسبب تطلص معانيها من دلالة ألقاظها في سياقها، وبما لا يخل بصن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقيا بالتالي أن تحرص الموائيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه الموائيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأعمال المفضية إلي تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قاسية أو مجردة من الخصائص الإنسانية. ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعتبرة أطرافا في هذه الاتفاقية إلي أن تعمل من خلال كافة التدابير التشريعية وإدارية وقضائية- على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في أقاليمها. وعملا بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تتعهد كل من الدول المعتبرة طرفا في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها سوسواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها- كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك سعطى الأخص- التدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تنلق نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءا من تشريعاتها الداخلية.

٥٠٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الغرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأممية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها. ولئن تركزت هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كافة الوسائل الداخلية التي تملكها. ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها<sup>(١)</sup> وإنما تكمن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالي للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطيها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتمنحها مركزا تصنيفيا تطو به على مواطنيها. وإذا كانت المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها؛ إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخصائص التنفيذ جبرا على من يجحدون قوتها. ويأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها القضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحررياتهم، أكثر ضماناتها حسما وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائيا فيها، كذلك التي تتعلق بالتفاوض عليها وإيرامها والتصديق عليها والانضمام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لصلتها المباشرة بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة مطلقا على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغائها لا يكون كذلك. وكثيرا ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملائم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها وللمواطنين من خلال دولهم - وهذه تخضعها المحكمة الدستورية العليا لرقابتها للتحقق من تطابق المعاهدة والدستور في كافة أحكامه. وتباشر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولا من استيفاء المعاهدة للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، كذلك المنطقة بإيرامها والتصديق عليها وبشرها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

(١) أدبما قال الخليفة الحادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفاذ له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الدلخي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تنشر بكلفة تفصيلاتها حتى يلم بها القاضي ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مفيد في ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويؤيده ما يستحق من الاعتبار. وتنطل المعاهدة الدستورية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة تقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتفاقها أو مخالفتها للدستور، مستعينة في ذلك بحد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كفلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشرا، إما أن يكون الدستور قد نص عليها؛ وإما أن يكون الدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتنظيم المعاهدة والدستور معا حرية للتعبير مثلا- تحين الفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديموقراطية الأكثر تقدما.

فإذا كانت مستوياتها في المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها في المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لسلوكها؛ تحين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإنسانية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تحين أن تعمل المحكمة الدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

أولاهما: أن ترد المحكمة فروع المسائل المنصوص عليها في المعاهدة إلى أصلها المقرر بالدستور، ثم تنقيحها على هذا الأصل فصلا في دستوريتهما.

فإذا كانت المعاهدة مثلا تحظر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تنفرع جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولا بنص الدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تعين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

**ثانيهما:** وعلى نقض الغرض السابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التي فصلها للدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية، أو منع تعذيب الأشخاص أو أموتهم أو أماكن إقامتهم بغير إذن قضائي؛ وجميعها فروع لأصل الحق في الحياة الخاصة الذي لم يعرض له الدستور<sup>(١)</sup>؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلى أصولها في المواثيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول الديمقراطية الأكثر تقدماً، لتتحدد على ضوء مناهجها في العمل، والضوابط التي التزمتها في سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض أخير، هو أن يتعذر ربط حقوق الأفراد بالمنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطى المرأة الحق الكامل في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، وأياً كان زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفي هذه الحالة تتحدد دستورية النص الوارد في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيدها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون الملطة امتيازاً لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها؛ وبمراعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتساع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقاً وعدلاً. فلا يكون العقل للجمعي غير إطار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

(١) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التي كفلتها المعاهدة. وإنما يكتفى بحظر مصادرة الصحف والمجلات على اختلافها ومنع مصادرتها بالطريق الإداري فإن هذا الحظر والمنع يكونان من فروع حرية التعبير التي خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

### المبحث الثالث

#### ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولاً: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً. وهو حق لا يقتصر على النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضماناتها، وإنما إلى محكمة تكون هي القاضي الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

ثانياً: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة -على ضوء نظمها- بجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي أتاحها الدستور للمواطنين، وأهمها النفاذ إلى محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها كافية لضمان محاكمة منصفة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل على أن الدول المتعاقدة، قصدت إلى تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلا غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة -بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل- مجافياً للعدالة.

رابعاً: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها. ذلك أن هذه العوامل تؤثر في العلاقات المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها، فلا تصد أذاً أنها أو تغض بصرها عنها.

خامساً: أن كل تسوية ودية تكتظها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال ألتها دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستورتها على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبراً. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزاع ملكيتهم، أو تأميم بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل، تعين إبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن الدستور يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزاعها بغير تعويض عادل، ولا يجيز كذلك تأميم مشروع خاص بغير تعويض لا يكون متحيفاً، وإن لم يكن بالضرورة كاملاً.

سابعاً: أن لعضام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، وأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة التقيد بها. وهو يقتزن غالباً بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلتاه في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يفاير التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة<sup>(١)</sup> إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفاً في معاهدة وقعت لها فاعلاً دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما موداه، أن لعضام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها<sup>(٢)</sup>، يقيدها بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

سابعاً: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، غير منحصرة في الحقوق التي نص الدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طويلاً وعرضاً لتتحول إلى قائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التي تطور من مضامين الحقوق المقررة في الدستور، وتزيد عليها حقوقاً أخرى لا نص عليها فيه، كالحق في التتمية. وهي تربط الحقوق الجديدة التي تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها اتعيد كتابة الدستور Rewriting the Constitution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيدها

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي في عام ١٩٢٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder., Ser. A, No. 23, P.20

(٢) تنص هذه الشروط على ألا تدخل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عند محد من الدول تحية المعاهدة ١٥٠ - ١٤٨ PP, 1961, The Law of Treaties. Oxford Lord McNair.



بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهدا بأن الحق فى التنمية، يرتبط بالحق فى الحياة، وبالحق فى العمل وفى ضمان الوسائل الملائمة للعيش.

**ثامنا:** فيما عدا المعاهدات الدولية التى تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق فى شأنها سوى كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحلقا، أو تبادلا تجاريا، أو شلذا من شئون الملاحة، أو تعديلا فى إقليم الدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لوزانه الدولة بنفقة غير واردة فى الميزانية- فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية فى شأنها بيانا مناسباً إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلا لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذلك من المعاهدات الدولية، فإن لانماجها فى القانون الداخلى يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها فى الجريدة الرسمية مع خضوعها فى مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التى أسلفنا بيانها.

ولئن كان الدستور فى مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها فى المجال الدولى، إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماما بلا زيادة أو نقصان. بما مؤداه أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها فى الجريدة الرسمية؛ يدمجها فى القوانين الداخلية، ويجعلها جزءاً منها لتحيل إليها المحاكم فى كل نزاع يتعلق بتطبيق هذه المعاهدة.

**ثامسا:** أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن الترخى فى التصديق عليها أو فى نشرها، يعتبر موقفا سلبيا من السلطة التنفيذية، وتغليا عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقا للدستور والقانون. بما يعوق حصول الأفراد على الحقوق التى يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحركه الآلية التى تكفلها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

**عاشرا:** أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إلزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة فى الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضى حتى بعد

التصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها في الجريدة الرسمية- تدخلت تشريعيا. ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحول إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذ يعتبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفا سلبيا من المشرع مخالفا للدستور. ذلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلى المشرع عن تنظيم الحقوق التي كفلتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالا من جهته يناقض للدستور<sup>(١)</sup>.

(١) Benedetto Conforti and Francesco Francioni, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. International Studies in Human Rights vol.49, Martinus Nijhoff Publishers (1977).

### الفصل السابع والعشرون

#### حدود سمو الدستور

#### Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتناقض فيما بينها، فهو من ناحية يتقيا ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل علي ضوئها، وهو من ناحية ثانية لا يكفل للقواعد التي تعمل السلطة في نطاقها، ثباتا يؤيدها. إذ يجيز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يخل بسيادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يخل حين نقفد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب علي الدستور، غير ضرورة حتمية. ونعرض لذلك في مبحثين علي التوالي.

#### المبحث الأول

##### تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتمين لإجراء هذا التعديل، أن يحدد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي إختصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية للخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرصُ الدستور علي أن يبين في أن واحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل متحدة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تلميها علي الدستور *De véritable fraude à la constitution*.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زوايتين قانونية وسياسية. ذلك أن الفصائل تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عد الصل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها علي حال واحدة لا تبديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرثا جان تعديله وفق القواعد ذاتها التي تنولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الفرض، لا تتحقق السيادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتيهما. فإذا كان الدستور جامدا، فإن القول بتأييد أحكامه يناقض السيادة الشعبية التي لا يتصور أن تسقط

بنفسها حقها في تعديل الدستور، وإلا كان لجيل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهو ما لا يتصور<sup>(١)</sup>.

علي أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يعني تمتعها في إجراءاته بحرية كاملة في العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تبأشر إلا ولاية اشتقتها من السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصلا Pouvoir Constitué Originaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليها. وهذه القيود -التي لا تخلو الدساتير في مجموعها منها- من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمان وموضوع التعديل.

### المطلب الأول

#### القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل

٥١٠- تتوخي القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيها إجراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوافر للسلطات التي أحدثها الدستور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام لها كان قدر حدثها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمان تعديل الدستور. وهي قيود من نوعين: **أولهما:** حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدستور.

(١) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: للشعب دائما الحق في أن يعيد للنظر في الدستور، وفي أن يغيره، وأن يطوره. ذلك أن جيلا من الناس. لا يجوز أن يقيد بشريعته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل فما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، ولو قام مسوغ يقتضي تعديل الدستور<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن تفصل بين اللحظة التي ينعقد فيها العزم على تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل؛ فترة زمنية طويلة تكون كافية لتدبر أمر التعديل، والنظر فيه من كافة جوانبه.

وتكل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصلاما لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلح مثل هذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء الفترة التي ضمنتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدستور الأمريكي التي تحظر إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجز الدستور البرتغالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء الخمس سنين الأولى على العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة ١٨٩ من دستور مصر من أن تناقش السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تناقش المسواد المطلوب تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن الكونجرس -وبموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسيه- أن يترح تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء على طلب من ثلثي المجالس التشريعية للولايات. وفي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويعتبر التعديل قد أقر وصار جزءا من الدستور -في أي من هاتين الحالتين- إذا اعتمدته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خلال مؤتمرات تعقد في الولايات وتقر التعديل بالأغلبية ذاتها، ويشترط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

المطلب الثانيالقيود المتعلقة بموضوع التعديل

٥١١- وأيا كان شأن القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، فإن استقراء الدساتير المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القيود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة في الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور القائم، لا يتحقق بالضرورة من خلال الحواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القيود التي تحظر تعديل مواد بذاتها في الدستور، هي التي لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أي تعديل في الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة<sup>(١)</sup>. ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام تولد العرش.

كذلك تنص الفقرة ٣/ من المادة ٧٩ من الدستور الألماني على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الفيدرالي للدولة أو يؤثر في إسهام مقاطعاتها في العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها في المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

ويحظر حظر تعديل بعض مواد الدستور سوى الأعم من الأحوال - حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها. ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض مبادئه الأساسية على التعديل. إلا أن للفقه كثيراً ما يشككون في قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكاثراً فيما بينها، وأن تقرير مراكز فضلى لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقة.

(١) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة الجمهورى بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى فرنسا فى ١٤/٨/١٨٨٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستورى المصوب به فى ٢٥/٢/١٨٧٥. وردت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم نقلا للمادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك فى المادة (١١٠) من الدستور اليونانى الصادر فى ١١ يونيو ١٩٧٥.

### المطلب الثالث

#### التكليس على الدستور

#### La fraude à la Consstitution

٥١٢- ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواد. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاض على أحكامه جميعها وإدخالها بغيرها. وإنما يتعلق للتعديل بمواد بنواتها لم تعد مؤلفة لمعناها. ولا كذلك إدخال الدستور لقائم بغيره إذ تتولد الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولد جهة أولها الدستور لختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالي بأن كل تعديل للدستور يتناول مواد كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن ينحصر في نقاط فيه يعينها قام الدليل على مجالها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كلفة أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عقيماً ونبتاً بغير ثمار. وهو تصور لا يتطابق بدستور صار معيها في بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سيكاً بكل مشكلاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر، أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غير إدخال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها تل محلها وتقوم على أنقاضها. وليس ذلك غير تحريف من الجهة التي اختصاصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها إياها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتي تتمثل في مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة في الجماعة، وتقويمها بما بكل تعاضدها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التي اختصاصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصل في موازنة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تكليس على الدستور *La Fraude à la constitution*.

كذلك فإن تحلل هذه الجهة من القيود الإجرائية التي فرضها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلاباً من جهتها على سند ولايتها.

### المبحث الثاني

#### الثورة على الدستور وللثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلاباً على الدستور ما لم تحدث تغييراً شاملاً ونهائياً في الأوضاع القائمة. وهي تلغى الدستور القائم إلخاء واقعيا De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تنتقض على كافة النظم السابقة عليها بوصفها نظاماً تنالض للثورة في أهدافها وتوجهاتها. فلا تكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر للثورة عنها، وتعمل في ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج القوة وحدها وثمرتها عواصفها. وبظل بالإمكان دائماً أن تعمل للثورة في إطار القانون مَن خلال النظم القانونية التي تنشئها.

ويتعين في هذا المقام للتمييز بين ثورة تنالض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود في إطار الشرعية للدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعافش الآمال الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان آفاق جديدة للحرية. وتكتسى هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صونها حقوق المواطنين وحريلتهم، وضمان رخائهم العام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلاباً على أحكام الدستور جميعها، فلا يقي شيئاً منها. ولا يقوم الثوار بها كجزاء يردع السلطة القائمة عن انحرافها، أو بقصد تقويم أخطائها وردّها إلى صوابها؛ وإنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. وقلمها تكون للنظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

فإذا لم توفق الثورة لأوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيراً عن توحشها من خلال السلطة التي تستبد بها، وينقضها ما توقعه المواطنون منها؛ فلن طاعتها لا تكون واجباً عليهم، وإنما يكون لجموعهم الحق في عصيانها والتمرد عليها Le droit de resistance à l'oppression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديمقراطية. وتلك هي الثورة على الثورة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك مؤلف الأربعة من الفقهاء الفرنسيين:

Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci.

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, pp.



### الفصل الثامن والعشرون

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور

٥١٤- لم نشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملة للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل وجوب أخذ رأى مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفاؤها، وإلا انعدم وجود القانون الذي أهدمها لتخلف خصائص للقواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

### المبحث الأول

#### الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق للشكلية في النصوص القانونية أصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية. وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكلية في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية فإين لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص للقواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها دماء الحياة، فلا قيمة لها. ولا يجوز بعدئذ تنفيذها، ولو كان مضمونها يولق الدستور من كل الوجوه. ذلك لأن افتقار النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيها بما في ذلك الشكلية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور- يحرمها منذ إقرارها. والعدم لا تخرج فيه. وهو نقيض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكلية الإضافية التي يتطلبها الدستور في القوانين المكملة للدستور -والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب- مجرد إملاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها في طبيعتها وخصائصها- من نوع المسائل التي تترجها الدساتير عادة في صلبها، وأنفها في عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحيلان في تحديد مفهوم القوانين المكملية للدستور، إلى مسائل لها من أهميتها ما جعل الدستور يقتضى تنظيمها بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي ينص عليها - وهذا هو المعيار الشكلي في القوانين المكملية للدستور - ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التي تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد الدستور لتكملها - وهذا المعيار الموضوعي في القوانين المكملية للدستور - هذان الشرطان هما من خلق المحكمة الدستورية العليا، وساقها إليهما اجتهداها الخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين المكملية للدستور"، وخلو الأعمال التحضيرية للدستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك الخلو، لم يقدما عن أن تقرر بحكمها الصادر في ١٥/٥/١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الحقائق الآتية بيانها:

أولاً: أن نص المادة ١٩٥ من الدستور مؤداه أن يؤخذ رأي مجلس الشورى وجوباً في المسائل التي حدثتها هذه المادة حصراً - والتي يندرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للدستور - بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهي مصالح يتعين وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قائماً على انتفاع التعجل، ولا مشوباً بقصور في الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيان يفترضان اتفاقهما في مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصراً من مجلس الشعب، والأكثر كذلك على أن يديه إلى الآثار الواقعية والقانونية التي تحيط بكل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، فلا يتفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تقييمها عملاً مشتركاً بين هذين المجلسين<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالي إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتمل تكوينها<sup>(٢)</sup>.

(١) لا يتقيد مجلس الشورى، برأي هذا المجلس في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من الدستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقرر على خلافها شأن آراء مجلس الشورى في ذلك شأن كل الآراء الاستشارية التي لا إلزام فيها.

(٢) من المفترض أن يدلي مجلس الشورى برأيه في كل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إبداء الرأي مسبقاً على هذه المناقشة فلا يملصرها أو يأتي بعدها.

ثالثاً: أن تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، يبين لكل من مجلسي الشعب والشورى حدود الولاية التي يختص بها وفقاً للدستور، فلا تتدخل الولاياتان أو تتبهم الفواصل بينهما.

رابعاً: أن عبارة "القوانين المكملة للدستور" تحمل في أعطافها عناصر تحددها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معاً، حتى يصح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداءً في موضوع حده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها. فإين هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن الشرط الأول وإن كان مطلوباً وجوباً للفصل في كل نزاع يتعلق بما إذا كان القانون يعد أو لا يعتبر مكملًا للدستور؛ إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون المسائل التي أحال الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التي تحتضنها الدساتير عادة في صلبها، فلا تنافيها<sup>(١)</sup>.

٥١٩- تلك هي القوانين المكملة للدستور التي لا تعتبر كذلك إلا باجتماع الشرطين المتقدم ببيانها فيها، والقائمين على مزوجة بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون القانون مكملًا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٢٩٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتبناها الوثائق الدستورية - سرعى ما جاء بالحكم السابق - موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقاً لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق التائيي؛ ولا القانون الصادر في شأن التفو الشامل إعمالاً لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن لتجئة العامة وفقاً لنص المادة ١٨١ من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضررتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد رندت المحكمة الدستورية العليا هذين المعيارين المتطلبين في القوانين المكملة للدستور، وذلك بحكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٧٠ - المنصور في ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشكالية الإضافية التي تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور في القوانين المكملّة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ في كل أحوالها حكم القوانين التي يقرها البرلمان، لتكسب لها قوتها. ومن ثم تساويها في مرتبتها، فلا تدخل في منطقة وسطى بين القانون في عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشكالية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شكالية غيرها -لما كان موقعها- بتطلبها الدستور في النصوص القانونية. ذلك أن وجود هذه النصوص ينهار بخلفها. ولا يجوز بالتالي في مجال تطبيق كافة الأشكال التي فرضها الدستور، للتمييز بين شكالية ثانوية يجوز إهمالها، وبين شكالية حتمية يكون طلبها لازماً لا مندوباً. ذلك أن الشكالية في الدستور واحدة في أهميتها وفي درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بأثر يلحقها منذ اللحظة التي أقرها البرلمان فيها.

### المبحث الثاني

#### التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والذين من قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم البيان:

أولاً: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطابق دائرة المسائل التي ينظمها القانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط للشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة ١٩٥، بكسل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملًا للدستور. وهو ما ينفي نص هذه المادة في عبارتها وفحواها.

ثانياً: أن القوانين المكملة للدستور في مصر، لا تقابل القوانين العضوية *Les lois organiques* في فرنسا. ولكلها مظهران مختلفان من كل الجوه. ذلك أن القوانين العضوية في فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوافر فيها مثلما هو الأمر في القوانين المكملة للدستور في مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره الدستور الفرنسي. ولو لم يكن هذا الدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتحرز تمييزها عن غيرها من القوانين<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية *Les lois ordinaires* ولكنها تعلوها. وتظل القوانين العضوية دائماً دون الدستور في مرتبتها لتقع في منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية

Un rang intermediaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

(١) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يردد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها لأول مرة - دستوراً لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواد ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية *les lois organiques* بصورة أدق، وأعطاهم مكانتها المتميزة.

رابعاً: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التي اختصها الدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادي، بطل هذا القانون<sup>(١)</sup>.

خامساً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعلا بنص المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨- إلا بقرار المجلس الدستوري الفرنسي مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après une déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما تؤكد كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التي تقضي بأن القوانين العضوية قبل إصدارها وكذلك اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في اتفاقها أو اختلالها مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادساً: أن الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يحركها. فلا يكون إجراؤها واقعا بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يعني ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستوري. ذلك أن إهمال عرضها مؤداه أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءاً من عناصر نظامها القانوني<sup>(٢)</sup>.

(١) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي، وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكتبي المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، ليخرج من مجال تطبيق هذا القانون، للنصوص التي يدخل تنظيمها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86- C.C. 86- 217. D C. , 18, Sep. 1986, p. 141.

(٢) مودى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية في صلبها عرضها على المجلس الدستوري إلا أن حرية رئيس مجلس الوزراء في عرضها أو التخلي عن تقديمها إلى المجلس الدستوري هي حرية نظرية صرفة.

خامسا: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التي تعرض عليه، أن يتحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها؛ وأن يستوفى كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية<sup>(١)</sup>؛ وأن يستظهر فضلا عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحرياتهم، ولا بقواعد رزمة الدستورية ومبادئها.

les règles et principes du bloc de constitutionnalité.

سادسا: تحكم القوانين العضوية، القواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوءها، ينقل كل مشروع أو اقتراح يقانون على التوالي في مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- من أجل الوصول إلى صيغة موحدة يقبلتها. فإذا تحذر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تعلنها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة التمثيل من أعضاء المجلسين La commission paritaire mixte، يعهد إليها باقتراح نصوص تعرض عليهما. ولا يجوز إدخال تعديل على النصوص التي تقترحها هذه اللجنة بتفسير موفقة الحكومة.

إذا تحذر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تقترح إقرارها، أو تحذر الحصول على موفقة مجلسي البرلمان على الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان على الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون اللجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها<sup>(٢)</sup>.

سابعا: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح يقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجبا كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

(١) يتوخى نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تخويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تقره الجمعية الوطنية بما يحدث شللا للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة، أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها، للجمعية الوطنية.

لختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردتها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

وتتحصل هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يلي:

\* أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخالص بها.

\* أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجباً في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عند اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

\* أن القوانين العضوية التي تنظم شأنًا ينطبق بمجلس الشيوخ، يعمين أن يقترح مجلس البرلمان عليها في صيغة موحدة<sup>(١)</sup>

Les lois organiques relatives au Senat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées

(١) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة الأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims نشرت في ص ٨٩٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic Française [Economica] و انظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Leo Hamon الأستاذ بجامعة باريس (١) والوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.



### الفصل التاسع والعشرون

#### الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد

##### المبحث الأول

##### حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد في مفهوم بعض النماذج، من الحقوق الطبيعية A natural right التي حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالمساعدة التي يطمحون فيها ويمثلون من أجلها<sup>(١)</sup>.

وينظر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، وبوجه خاص فسي مجال كسبها بالعقد، وكذلك على صعيد عقود العمل التي يعرض العامل فيها قوة العمل في سوق لشراؤها<sup>(٢)</sup> وهي فرع من الحرية الشخصية التي لا تنحصر دلالتها في تحرير الناس لأبدانهم من القيود الحسية Physical restraints التي تنال منها كالاقتال والسجن والتحفظ في مكان أمين، وإنما هي كذلك حق المواطنين جميعهم في استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفي العمل أينما يشاؤون، وفي أن يحصلوا على قوتهم من كل المصادر التي لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالي في كل العقود الملائمة والضرورية التي يكتلون بها مظاهر الحياة التي يطلبونها<sup>(٣)</sup>.

ولم يعد جائزاً على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التدخل فيها بصورة تحكمية، ولا للنظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن تقتضي ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الانكساع بها لا يفترض تحصينها من القيود التي تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نفسها ما يعصمها من القيود التي تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها<sup>(٤)</sup> وإن كان الأصل هو

(١) Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).

(٢) Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1, 14 (1915).

(٣) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).

(٤) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمانها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناءً<sup>(١)</sup> حتى يتخذ الإنسان في الحياة الطرائق التي يختارها وأماكن وصور العمل التي يفضلها، ووسائل الرزق التي يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التي يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هي إرادة الاختيار التي تبلور للشخصية الفردية وتشكلها في جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها<sup>(٢)</sup>

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض في القيود على حرية التعاقد، أنها قيود منطقية موافقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجبا تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفي إطار من حسن النية. وبقدر تعلقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان المدين بها فردا أو جهازا حكوميا.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير احتكار يعطل حق الأفراد في الدخول في المعين التي ألفوها وتربوا عليها، والتي يعتمدون عليها في معاشهم. ذلك أن حد السلطة البوليسية هو معقوليتها وإصلاحها، فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وانتفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما ينسب به موقفتها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد في الدخول في العقود الملائمة والضرورية، تعين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذ نقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تلج لتقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر في إطار السلطة البوليسية التي تتوخى حماية المواطنين في صحتهم أو غير ذلك من أوجه رعايتهم العام، لا تشملها الرقابة القضائية، ولو كان القضاء لا يميلون إلى هذا الإجراء.

(١) من بين القيود التي يجوز فرضها في نطاق حق العمل، تنظيم العمل في المدارس وحظر استخدام الأطفال في المهن الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجور، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمال في التعويض عن إصابة العمل وحقوقهم في التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل الحصول على شروط عمل أفضل.

(٢) Adair v. United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التي ما توحى للمستور بضمائها غير تنظيمها في إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التي يراها أوساط الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل في العقود هو تكافؤ مصالح أطرافها ما لم يكن العقد إدارياً متضمناً شروطاً استثنائية لا يألّفها الأفراد في عقود القانون الخاص، لتعبر للدولة من خلالها عن إرادة تسيير مرافق عام وفق ما تراه ملائماً من النظم؛ وإن ظل ولجبا عليها ألا تلغى عقوداً قائمة، ما لم يكن للدخول في هذه العقود منطوية على التخطيط لجريمة، أو على وجه آخر غير مشروع كالالتدخل بغير حق في الوظيفة القضائية أو التنفيذية، أو التشريعية، أو تقييد حرية تنفق التجارة دون مقتضى<sup>(١)</sup>.

#### ويتعين دائماً أن نلاحظ:

أولاً: أن التدخل في العقود من خلال السلطة البوليسية التي تتوخى تأمين المواطنين في صحتهم وسلامتهم ورخائهم للعام وضمان قيمهم الأخلاقية، جائز كلما كان معقولاً. وهو ما يؤكد القضاء المقارن. بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، قد تبرر التدخل في بعض العقود بما يكتفلها.

ثانياً: وفي مجال تقييم القيود التي يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استقام أمرها على هذا النحو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في العقود القائمة أو تحل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تصفية في العقود بما يهدر أو يطمس الحقوق التي أنشأتها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفاً للمستور، وباطلاً. ذلك أن التدخل في العقود، لا يجوز ما لم يكن معقولاً، شأن العقود في ذلك شأن الوسائل القانونية السلمية التي تمثل المعقولة جوهرها.

(١) Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثاً: أن الطعن قضائياً في العقود التي دخل الشخص فيها، يخول الجهة القضائية الفصل في صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصبح هذا التدخل غير مشروع ولو تفرع المشرع بالسلطة البولييسية التي لا يجوز استعمالها في غير الأغراض التي رصدتها الدستور عليها، والتي لا يندرج تحتها أن يتخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع<sup>(١)</sup>، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن معقولة التدخل في العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائماً، وواقعاً في المجال الطبيعي لمباشرة السلطة البولييسية منظوراً في تحديد مداها إلى نطاق الآثار التي رتبها التدخل في العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالي للجهة القضائية في مجال تقييمها للتدابير السلمية التي تتخذها السلطة البولييسية- أن تستعوض هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها أفضل من وجهة نظرها<sup>(٢)</sup>.

٥٢٢- وكلما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التي أقرها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلاً بها، تبين أن تعامل هذه النصوص بالفراض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعمق حكمة مقارناً بها.

٥٢٣- ولئن جاز القول بأن الأصل في المصلحة البولييسية هو إطلاقها بشرط تقديرها بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكينتهم وأمنهم العام -يما في ذلك صون أخلاقهم- مؤداه أن ضمان حرية التعاقد في نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السلمية -ما كان منها موضوعاً أو إجرائياً- يعتبر من ضوابط الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحيرياتهم، فقد تبين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين -ودون مسوغ معقول- مباشرة ما هو مشروع-من صور النشاط التي يربطون. الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل<sup>(٣)</sup>.

(١) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(٢) Advance- Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

(٣) تعتبر الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فإن الاتراسات العقبة لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كانت الدولة أو الفرد طرفاً في العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تتمتع بها. بما موداه أن الوسائل القانونية المملوكة، هي التي تكون كذلك بالنظر إلى خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يراه المشرع مندرجا تحتها أو واقفا في إطارها.

٥٢٤- على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تغل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا ينال من أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتعظم كواجبها، وإنما يجوز تنظيمها. فليس ثمة حرية للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرتضيها، ولو نالض بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، يناسبها تجردها من القيود الجائرة على ممارستها<sup>(١)</sup>.

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يعتصم بحرية يدعيها ليناض بها قيودا منطقية يفرضها المشرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة<sup>(٢)</sup>. ذلك أن معقولة هذه القيود تفترض Presumption of reasonableness .

٥٢٥- ولا ينال ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تعبيرا عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءا من آدمية الفرد، فلا تفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها -بإلضرورة- من طبيعة استثنائية، تقدر بقدر الضرورة التي أملتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعاقد مردها أن الدستور وإن كان يكفل الحرية الشخصية، ويمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية المملوكة في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي يصونها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضرورة وفي حدودها. وكلما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبررا من خلال مضمون المسائل التي يواجهها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فإن القيود التي حد بها المشرع من الحرية الشخصية بوجه عام، تحكم القيود كذلك بوجه خاص.

(١) انظر في ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

(٢) O' Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co. 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعني أن معقولة القيود التي يفرضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حداً أدنى من الأجور لمصلحة المرأة كي يكفل لها الوسائل الضرورية لعيشها، وأن يساويها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستغلها رجال الأعمال لتهازأ منهم لضعفها؛ ولا يجورون على حاجتها إلى الأجر العادل الموازن لجهدا. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق للرجل في العمل بناء على مجرد انضمام أيهما إلى أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير المنتسبين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجوز أن يكون غاية تلتمسها النصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عن تلك التي يقضيها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها التي لا تغاير في ظروفها، مؤداة أن يكون للقانون الصادر في هذا الشأن، قائماً على تمييز غير مبرر ومخالفاً للمستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءاً من مكوناتها، من الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثيقة بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، وهي حقوق تنحل إلى قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفردية التي تمتد إلى الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلى العقود -حال صحتها- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكتفلها المستور للملكية الخاصة، على أن يكون مفهومها أن حرية التعاقد، وما يتصل بها من الحق في الملكية، لا تعنيان تكلفوا في الثروة، ولا تقارياً في الدخول. ذلك أن الناس لا يتماثلون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرها على الشئوع فيما بينهم، ويحصص متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تدخل فيها مع الأفراد مركزاً تطو به عليهم، ما لم يكن العقد إدارياً في الدول التي تقوم نظاماً قانونياً متميزاً لهذا النوع من العقود تخرج به عن عقود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل في العقود، هي امتناع تحويل الحقوق التي تنشئها ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولاً على حكم القانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كذلك التي تتصل بأعراض الناس ويصحتهم أو بسلامتهم أو برخائهم العام.

وجاز بالتالي إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لحماية مصلحة لها اعتبارها، كإصدار العقود المعتمدة حلقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تنفذ من تدفق للتجارة<sup>(١)</sup>.

٥٢٨- علي أن تتدخل في حرية التعاقد بما يتقوض أسسها أو يسلل آثارها؛ وإن كان لا يجوز تشريعا في غير ضرورة، إلا أن السلطة القضائية بوسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بأثر رجعي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده<sup>(٢)</sup>.

ولها بالتالي أن تعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد. ولا يعتبر ذلك منها تدخلا في حرية التعاقد، بل جزءا على مخالفة العقد لقاعدة أمر لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للعقود بوصفها قوما مالية، شرطها صحتها، وانفاؤها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البوليسية التي لا يجوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخلقية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذاتها، ولا لشرط الرسائل القانونية السليمة، تعطيل حق الدولة أو إعاقته عن مباشرة سلطاتها البوليسية التي تؤمن من خلالها سريان النصوص القانونية أحيانا- مصالح عريضة في قضاها، خطيرة فسي أهميتها وضرورتها لصلتها الوثيقة بأمن الجماعة وصون هويتها وراحتها ورخائها وأدبها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تبرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هذا التدخل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكفلها للعقود السليمة، وأن يعدل بالتالي من الترضية التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالتزام نشأ عنها؛ إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترضية ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها، وبغير أن يحل محلها بديلا ملائما يكتل جبر الأضرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للدستور. وهو

(١) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508, 47 A 2 d 372.

(٢) Central land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103 (1895).

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص علي إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية العقد عن طريق إعمال بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تفترض تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفي إطار من حسن النية، وعين طريق ترضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبرا من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع في الترضية القائمة ليعدل من جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضعافها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترفعها.

ويظل دقيقا، الخط الفاصل بين الترضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والترضية التي يحل بها المشرع من ترضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن تعين النظر في كل حالة على حدة علي ضوء ظروفها وأوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن الترضية الملائمة هي الكافية في إنصافها ومقوليتها<sup>(١)</sup>.

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط الترضية التي تجبر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يسقط عنها واجبها في ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفا فيها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تتكامل للعقود أجزاؤها. بل إن تدخل المشرع فيها ليحول دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التي أنشأها العقد والتي عول المتعاقدون عليها في إطار للنظم القانونية القائمة. ومن ثم تفترض مخالفة هذا القانون للمستور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل في العقود لتقويض بنائها سواء كان هذا التدخل مباشرا أو غير مباشر - ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

(١) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

(٢) لا يعبر اسناد وظيفة إلى القائم بالعمل العلم، عقدا

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فالذين يعملون في وظيفة عامة لا يملكونها، لا هي، ولا الحقوق التي تنفرع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.



الدليل عليها، ويشترط أن تكون التدابير الواقعة في نطاق هذا التدخل ملائمة، وأن ترتبط عقلا  
 بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها<sup>(١)</sup>.

---

(١) Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

### المبحث الثاني

#### قضاء المحكمة الدستورية العليا

##### في شأن حرية التعاقد<sup>(١)</sup>

٥٣٢- وترد المحكمة الدستورية العليا في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إلى الحرية الشخصية، وتنتظر إليها باعتبارها من فروعها ونواتجها. فلا تكون إلا من فيضها، حتى لتدخل في عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلى الحقوق ترتبها. الحقوق فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية للشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقع في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الآتي ببيانها:

أولاً: أن ضمان الحرية الشخصية لا يقتصر على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، وإنما هي صمام أمن كذلك ينسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كلنا يحمل على ما يرضاه، بل بشراً سوياً.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر أطمئناناً

(١) نظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ -ص ٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٣٢ وما بعدها من الجزء الثامن.

ونظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١- قاعدة رقم ٦٥ -ص ١٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ -ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

ونظر كذلك حكمها في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤- قاعدة رقم ٦٠ -ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لغده- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها ونفسا لأمن موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقا موصوفا *A. qualified right*. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكتفئ انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها علي مصالح ترجحها. وإنما يندبها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها علي كوابحها و الحدود المنطقية لممارستها، بين مروقتها مما يحد من انتفاعها، وردّها إلي ضوابط لا يملئها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع علي الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، ولن تعثر ما لا يكون إلا من خلال قيود ترمقها دون مقتضى.

ولا تنيد حرية التعاقد بالتالي، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتعميد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص- قيودا يرعى علي ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز التتعامها. وقد خصصها لقواعد الشهر أو لشكالية بئس عليها. وقد يعيد إلى العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها لتتصافا لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل، ولأزال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعيا ثابتا *Contracts Collectifs* كذلك التي تتضمن تنظيما نقابيا، بما مؤده أن المشرع أن يرسم للإرادة حدودا لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعا في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي العدل وحقائق المصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد - محددة علي ضوء هذا المفهوم- حقا مطلقا، بل موصوفا. فليس إطلاق هذه الحرية وإعناؤها من كل قيد، بجائز قانونا، وإلا آل أمرها سرايا أو انفلاتا<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٧ يولية ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وأنظر كذلك القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٢/٨/١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٠ - من ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم مؤداه، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تغيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تغنيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تغد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتعمقها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم أدائها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتتضمنها، أو التي تعزل دون حق تنفق التجارة في سوقها المفتوحة، وكانت السلطة التشريعية وإن ساغ لها استثناء أن تتناول أنواعا من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسمعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد ههنا من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليعملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلاقها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تشمل الإرادة الحرة في نطقها والتي توازن لتفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق المصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحوها كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصور لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

**ثالثاً:** وتضمني المحكمة الدستورية العليا في بيان الآثار القانونية لحرية الاعتقاد ليس فقط إسي صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبياً. وتقول في ذلك:

إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها، ولو كان من يطلبها أجنبياً.

وصار ثابتاً كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تغول أحداً، أن ينال من الحقوق التي تفرقها سواء بمحوها أو بإيراد قيود عليها تزيد عن تلك التي ترتبها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية للشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين الذين يملكون- في نطاق الأعمال التي خولهم المشرع حق تعريفها- حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لصالحهم وفق الشروط التي يرونها أكمل لمصالحهم. فإذا حرّمهم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢ و٣٤<sup>(١)</sup>.

**رابعاً:** وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول في علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهي تؤسس حكمها في ذلك على الدعامات الآتية بيانها<sup>(٢)</sup>

• أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، إذ هي محورها وقاعدة بنيانها. ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج لتكون أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠- ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/٣/١٨- قاعدة رقم ٣٨- ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبها متراميا على طريق نمائها. وإذا كان الزواج -في مضمونه ومرماه- عقيدة لا تنقسم عراها، أو تنهين صلابتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها؛ فإن التدخل تشريعيا في هذه العلاقة للحد من فرص الاختيار التي تنشئها، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجبها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها.

\* أن الحق في اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ويستحيل أن يكون واقعا وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته للنسب مستقل بتشكيلها. ولا يحو إكراهه أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، ويشترط الوسائل القانونية السليمة.

\* أن الدستور وإن لم ينص على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التي لا نص عليها فيه، تعتبر من فوض للنصوص التي قلنها. وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق في اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التي يكفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص في تكوين الأسرة التي يصطليها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره العلاقة الزوجية الوحيدة التي لا يوجد الولد إلا في إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن المقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، ولو عارضتها مصلحة لها كان وزنها<sup>(١)</sup>.

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في واحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلاقة الإهبارية التي تبلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاها عاما تبناه المشرع ربحا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائزة ما برح المستأجرون علي ضوئها، يرجحون مصالحهم علي مؤجرين أضمر المشرع يحقوقهم، يكثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ من ٩٣٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

\* ففي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلستها المعقودة في ١٥/١١/١٩٩٧<sup>(١)</sup>، تقرر المحكمة أن حق المستأجر لا زال حقا شخصيا مقصورا علي استعمال عين بذاتها في المنفعة المرصودة عليها، فلا يمكن هذا الحق إلي استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحا كان هذا الشرط أم ضمنيا.

فإذا خول المشرع رببناء علي قاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق علي خلافها - الحق في التأجير المفروش لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتها حق من يملكون الأعيان المؤجرة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بغير إذن منهم. وفي ذلك عنوان علي الدائرة المنطقية التي تحمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بنيانها - بغواتها، فلا تكون الإجارة (إلا إملاء يناقض أسسها).

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ٤/١٠/١٩٩٧<sup>(٢)</sup>، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإجارية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها أمرا منافيا لطبيعتها.

ولئن جاز القول بأن القيود التي فرضها المشرع علي الإجارة، قد اقتضتها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهةها بتدابير استثنائية تعبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها؛ وكان هذا التنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيدا عمل الإرادة في مجالها - علي الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة وامتداد الإجارة بقوة القانون - إلا أن الإجارة تظل - حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص - تصرفا قانونيا ناشئا عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إنفاذها - بقوة القانون - تبادل الأعيان السكنية المؤجرة في البلد الواحد - بين مستأجر وآخر، في الأحوال التي تبينها السلطة التنفيذية ووفق الضوابط التي تضعها، فلا تكون الإجارة - علي النحر المتقدم - عقدا يقوم علي التراضي، بل إملاء يناقض أسسها ويقوضها.

(١) ص ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

• وتأتي المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلاقات الإجارية، لا يجوز أن تبقى أبداً على حالها، ولا أن تكون حلاً نهائياً لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلاقات، ينبغي أن يكون قاعدة بنيلها، فلا ينقض المشرع إطار هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانباً في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة والمباشرة التي تقول فيها بأن التدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلواء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تطبيقها بالنظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملت بها بوصفها باعثاً وإلزاماً. وما كان لمرئياتها بالتالي أن تنفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلاقات الإجارية من أجل ضبطها، حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يبعد النظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تظلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن الاتفاق صار مهيمناً على شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لاتعاقده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين<sup>(١)</sup>.

• وتنفصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلاقات الإجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقاً لأحد، ولا أن تتقرر الضرورة بعيداً عن حقيقتها.

فإذا أعاد المشرع العلاقات الإجارية إلى الأصل فيها بعد أن اختلف التوازن بين أطرافها اختلالاً جسيماً، وغدا تنظمها الاستثنائي منافياً لطبيعتها، متغولاً حدود التضامن الاجتماعي التي

(١) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٢٢١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.



كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع سركد رد به الحقوق لأصحابها، وأقام ميزانها عدلا وإتصافا- لا يكون مخالفا للدستور.

\* ونقيم المحكمة الدستورية العليا دعائم قضائتها في شأن التوازن في العلاقات الإجارية علي أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع علي تنظيم هذه العلاقات من خلالها، لا تعصمها من الرقابة القضائية علي الشرعية للدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، مناطها الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تكور معها وجودا وعما ذلك لاقبود التي ترتبط بها، وترتك إليها، باعتبارها منطاط مشروعيتهما. ويعين بالتالي أن يقرر المشرع في مجال تنظيم العلاقات الإجارية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، علي أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، واقعا لا منتحلا أو سرايا، وأن يبلور التوازن في هذه العلاقات حقيقة قانونية لا مارة فيها، لضمان أن يكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفا لا متحيفا، متسقا للحقائق الموضوعية، وليس متطفا بأهذابها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يعدل المشرع من إطار العلاقات الإجارية بما يمثل التثا على حقوق أحد أطرافها، أو إنحرافا عن ضوابط ممارستها، وإلا أل أمر النصوص التي أقرها إلي البطلان<sup>(١)</sup>.

\* ونقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استئصالها مصدره العقد دائما، ولا زال حقا شخصا لا عينا ينحل إلي سلطة مباشرة على العين المؤجرة ذاتها يمارسها مستأجرها دون تدخل من المؤجر. فإذا تخلف المستأجر عن العين وتركها، زائلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لحمايته، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعما. ولا يجوز في أية حال أن يحد المشرع بحقوق المؤجر إلي مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تكتفيها، ولا تقوم إلي جانبها أو تنكفأ معها، ومال حايته حرمان مؤجر العين منها حرمانا مؤيدا ترتيبا علي انتقال منفعتها إلي الغير انتقالا متبعا متصلا في أغوار الزمن:

(١) لل قضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ١١ ص- ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يحسد بإرادة المؤجر في معذنها الحقيقي، بل يقوم في صورة الأكثر شيوعاً على التحايل على القانون، والتكليس على المؤجر، وهو ما يعد للتواء بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يخل بين أطرافها، وإقحاماً لغرباء عليها إعرافاً عن الحق، ونكولاً عن المصالح العام.

وكما ألحق المشرع بالمؤجر وحده الضرر اللين الفاحش، وقرر معاملة تفضيلية لأهله المستأجر الأصلي اختصهم بها دون مموغ، واصطفاهم من خلالها في غير ضرورة، فإنه بذلك يكون قد قدم بذلك المنفعة المجبوبة على مخاطر يتعين توقي موائها ودره أضرارها، حال أن دفع المضرة لولي، وعلى الأخص من خلال توازن في العلائق الإجارية يكون كافلاً مصالح أطرافها، غير مؤد إلى تفاقمها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" بجلستها للمقودة في أول يناير ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>. تقرر المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشرع<sup>(٣)</sup> من أن الأسبق إلى شراء وحدة من مالكةا، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائه لها، هو الأجدر بالحماية القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية؛ لا مخالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخى بذلك أن يبطل كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلاً.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، على أنه إذا باع للوحدة ذاتها مالكةا إلى غير من تعاقد معه أولاً على شرائها، كان ذلك تعاملًا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إبطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن مطها صار من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى قاعدة أمرة ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، على أن يعاقب بعقوبة جريمة التنبص المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى ببيعة صورة من الصور، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً.

الوحدة الواحدة أكثر من مرة انحرافاً عن الحق وتمادياً في الباطل، واستمراء الزور والبهتان، فلا يكون البيع اللاحق للوحدة ذاتها، إلا سعيًا من مالكيها لنقض ما تم من جهته خطأ. ويتعين بالتالي إهدار سوء قصده جزاءً وفأقاً.

فإذا أبطل المشرع البيع اللاحقة جميعها بطلاناً مطلقاً لضمان انعكاسها؛ وكان العدم لا يصير وجوداً ولو أجزأ؛ وكان بطلان البيع اللاحقة على العقد الأول، قد تقرر بناءً على نص ناه في القانون، حظر نقل ملكية الوحدة ذاتها إلى غير من اشتراها أولاً من مالكيها حتى لا يختل استقرار التعامل؛ فإن حظر البيع اللاحق للوحدة ذاتها، لا يكون مخالفاً للدستور، ولو قسرن المشرع هذا الخطر بعقوبة جنائية نص عليها لردع من يخرجون على مقتضاه.

كذلك فإن إبطال المشرع بقاعدة أمرة للبيع اللاحقة على العقد الأول، مؤداة تعلق هذه البيع بأموال حظر المشرع تناولها - لا بناءً على طبيعتها - ولكن بناءً على نص قانوني أمر.

وبينما نشأ عقد البيع اللاحق باطلاً على النحو المتقدم، فإن عقد شرائها الأول ولد صحيحاً وناظراً، فلا تعتبر البيوع الألقى لأفضل في مجال نفاذها من عقد شراء الوحدة الأول. ذلك أن المفاضلة بين عقدين ترجيحاً لأحدهما على الآخر، يفترض استيفاء هذين العقدين لأركانها واشروط صحتها. ولا كذلك البيوع التي تم إبرامها بعد عقد الشراء الأول، ذلك أن انعكاسها مؤداة زوال كامل آثارها واستتاع تنفيذها.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في ١٥/٩/١٩٩٧<sup>(١)</sup>، تقرر هذه المحكمة القواعد الآتي بيانها:

أولاً: أن الأصل في العقود - وباعتبارها شريعة المتعاقدين تقوم نصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها - هو ضرورة تنفيذها في كل مشملاتها، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً للقانون.

ثانياً: كلما نشأ العقد صحيحاً ملزماً كان تنفيذه واجباً، فقد التزم المدين بالعقد فإذا لم يقم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقدياً، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو عن إهمال، أو عن مجرد فعل لا

(١) ص ٨٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يقتزن بأيهما. ومن ثم تظهر المسؤولية العقابية باعتبارها جزاء لغشاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم مسؤولية جنائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعها معا لمرا عسويا أو مستبعدا، بل منصورا في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالترام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعنى أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثير واقعة الفكول عن تنفيذ التزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان العقد مصدره المباشو، ويشترط أن يكون هذا التأثير قد حدد بصورة قاطعة أركان الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثا: أن الحرية الشخصية التي يكفلها الدستور، لا تقول حقا مطلقا لأحد، في أن يتحرر نهائيا في كل الأوضاع ليا كانت ظروفها، وفي كل الأوقات ليا كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبحها بقيود تتعدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعا: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتضى- بالتزامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزء الجنائي يعتبر عقابا ولما بالضرورة في إطار اجتماعي، ملطوبا غالبا من خلال قوة الروع على تغيير الحرية الشخصية، ومستندا إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرره، كذلك التي تتعلق بحظر التعامل في بعض الأموال تحايلا، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد لتجريم المقرر بالفترة المطعون عليها<sup>(١)</sup> إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -ومن خلال الجزء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عقار، بما يكفل

(١) هي الفترة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخلصة ببيع وتأجير الأملاك، التي تنص على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتخلف دون مقتضى، لمن يسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلا عن إلزامه بأن يؤدي إلى الطرف الآخر مثلي المقدم.

صدق هذه البيوع وينأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفاً أو تربحاً غير مشروع، لتعويض هذه البيوع الأغراض التي يرتجيبها المتبايعون منها، فلا يتوهمها أطرافها على غير حقيقتها.

ويقترض للجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، أن مالكا قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد. ولا تؤثر الفقرة المطعون عليها واقعة تخلفه عن التسليم في ذاتها، بل سلوكا اتصل بها، وكان مؤدياً إليها.

خامساً: أن الجزء الجنائي لا يكون مخالفاً للمستور، إلا إذا اخلل للتعادل بصورة ظاهرة la disproportion manifeste بين مذهب من جهة، وطبيعة الجريمة التي تعلق بها من جهة ثانية.

سادساً: أن ما تنص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام ينقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، مؤداة أن للترامين بقرعمان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلاً إلى من ابتاعها. ويتضمن التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أما ثانيهما فهو التزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يعتبر تسليمها قد تم صحيحاً إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء مادياً.

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتض عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور التكتيل في الأعم من الأحوال، يقارنها انتفاعهم بالأعيان التي باعوها، واحتفاظهم بثمنها دون مقابل يعود علي مشتريها منها، وإعادة بيعها أحياناً. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزاً، بل متراخياً. ومن ثم تسخّل المشرع بالجزاء الجنائي لحمل البائعين علي إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينطلق الطريق إلي إنفاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلي الأخص كلما كان شراء العين بقصد استغلالها واستعمالها، وقما لأغراض الإسكان.

سابعاً: توخي المشرع بالجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيها في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع إيقاف هذا الجزء مشروطاً بالألا يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئاً عن سبب أجني. ولا مخالفة في ذلك للمستور،

ولو غاير النص الجنائي في مجال تطبيقه- بين أحكام المسؤولية الجنائية من جهة و المسؤولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسؤولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملا بحيث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب أجنبي، ظل البائع مسؤولا.

ولا كذلك المسؤولية الجنائية المقررة بالفقرة المطعون عليها. ذلك أن ما تنصاه المشرع من وراء تقرير هذه المسؤولية، هي أن يرد عن التعامل المشروع في الأعيان التي عاها، أبوابا ينفذ التحليل منها. فإذا انقطع دابره لعذر قام ببائعها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فلن اعتبره مسؤولا جنائيا عن عدم تسليمها، يكون أمرا محظورا دستوريا. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها<sup>(١)</sup>.

\* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية"، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان الموجهة في استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها في شأنها، مؤداه حريتهم في اختيار من يستأجرونها، وكذلك في تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المفردة لتتحول الأماكن التي اتخذوها سكونا إلى أماكن مهية لغير أغراض السكنى بغير موافقة مالكيها، وهو ما ينقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لإزالة حقا شخصا مقصورا على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الغرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة مالكيها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة صريحا كان هذا الشرط أو ضمنا- كما جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية- في صحيح بنيانها- بفواتها<sup>(٢)</sup>.

تلك صور من تدخل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة على حرية التعاقد. وهي بذلك ترعي جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائمها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يقيدها المشرع أو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

(١) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية حكما على نمط حكمها الصادر في القضية ٤٨ لسنة ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يؤجر الوحدة السكنية أكثر من مرة.

(٢) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٥٠١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

### الباب الثاني

### الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية

#### الفصل الأول

#### الدولة وأزماتها الخطيرة

#### المبحث الأول

#### طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٣- ويظل أصلاً ثابتاً أن الأوضاع الاستثنائية، قد تبلغ وطأتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجهها بعضُ الدساتير بخصوص خاصة- أن تفرض قيوداً باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها على أكثر المصالح القومية أهمية، ولأغلبها اتصالاً بكيان الجماعة وتماسكها وتلاحم قومياتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنص المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ التعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العامة للدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ -بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التي تقتضيها الظروف. ويوجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحية إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التي تتولاها في أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأى المجلس الدستوري في شأن هذه التدابير. ويتخذ البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية.

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> من إحياء الجنرال ديغول، وأنها في حقيقتها دستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما نتوخاه، هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تقتصر إلى التحديد؛ وإلى ضوابط لا تتحمل التأويل، وإلى صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعترض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديغول، وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها ككص يتأبى على مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مانعة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو وأجهته لأوضاع استثنائية تقارنها مخاطر داهمة. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهديدها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن أفراد رئيس الجمهورية يدفعها من خلال تدابير يتخذها، يناقض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنياتها. إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرقها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يجنح بها إلى أعاصير لا تؤمن عولتها.

ولعل الجنرال ديغول سقذ جاهد بضرورة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرس من جديد سمن خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التي آمن بها، والتي تقوم على تمحور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها وراءه باعتباره كافلا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمنها في مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يشق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التي عطلتها هذه المخاطر، أو قبعتها.

وكان ضروريا بالتالي أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من خلال مفاهيم إجمالية لا تسمح في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة جميعها، ولا تحيط بكل جوانبها ولقطاتها.

تلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة في مساسها بأعق المضالح القومية وأكثرها أهمية.

(١) Jean chatelain, la constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.



٥٣٥- ومن ثم كان مناط تطبيقها اجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر في عنفها وقوتها وفداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشرة بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا؛ ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة؛ وتعدر دفعها بالوسائل القانونية المعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة عواقبها، ماثلة بنظرها وعمق وظائفها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -في صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن نصيبها جميعا بما يعطلها في كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تعجزها تماما عن العمل.

وأية ذلك أن الثورة التي قام بها فريق من الجيش الفرنسي في الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة في الوطن الأم، أو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقدتها القدرة على مجابهة هذه الثورة، ومحقها بالقوة.

بيد أن مجرم الإعلان عن هذه الثورة، وتحديها على الحكومة الشرعية في الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد باقتلاع أسسها، ومحو كيانها. وكان ضروريا بالتالي مواجهتها بوسائل استثنائية تلائمها.

وفي إطار هذين الشرطين، كان ملطفا أن تفسر المادة ١٦ من الدستور الفرنسي بما يكتفل مرونتها، ويؤكد اتساعها لأوضاع استثنائية يستحل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتكوينها في الدستور، مفيدا أو عمليا أو ممكنا. إذ هي مخاطر من نوع خاص، تنداح عواقبها بما يؤكد ترميها، واتساع دائرتها، وعمق أثارها وتآبعها، فلا يكون لقتلاع جذورها إلا تعبيراً عن رفض القبول بها، وضرورة وأدائها في مهدها، أو توقي تقاعم نتائجها.

وإذا كان ديجول قد أضحى ثورة رجال الجيش في الجزائر، وكان قانتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتلئ من تبعهم من الجند لكلمة القتلون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص المادة ١٦ من الدستور التي دخل تطبيقها -لأول مرة- حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واقعية -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة في زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إنما يتأتى من منظور مفاهيم إجمالية تنشئ بها، ولا تفصلها، أو تحددها بصورة قاطعة.

ولا كذلك الشروط الشكلية التي أحاط بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما أوجبه على رئيس الجمهورية من أن يستشير - قبل مباشرته لسلطاته الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة -بآراء مخالطها الصبغة السياسية والقانونية.

فالآراء للقانونية هي التي يبدئها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية في شأن موضوع التدابير التي قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تزيـد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبدئها أصحابها لرئيس الجمهورية في شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تبلور الشروط الشكلية التي تتحصر أساساً<sup>(١)</sup> في أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة القانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية في شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التدخل لمواجهتها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، في أن المشرع أصدر في ١٩٨٥/١١/٧ قانوناً عضوياً توخى به أن يكون مكملاً لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما تنص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التي يبدئها المجلس الدستوري للفرنسي في شأن موضوع التدابير التي يحترم رئيس الجمهورية اتخاذها، يتعين تسميتها ونشرها.

بما يوفر ضماناً جوهرياً غائياً ألا تنفصل هذه التدابير عن موجباتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى في إطار المفاهيم التي تقضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكاً في صحتها.

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صورا من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما قدمناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل في توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه ينبئهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التي يعايشها الوطن.

ومن المفترض في رسالته هذه، أن يكون مضمونا محددا -على الأقل- من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التي تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التي تتخذ لإتقانها، وأن يقع ذلك كله بقدر كبير من الوضوح.

تلك هي الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. ويظل ثابتا أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا بقيم نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيدا عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هي التي تبين صور اللجوء إليها؛ والضوابط التي ينبغي أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة في آثارها، وهو ما نعالجه تباعا في المباحث الآتية:

### المبحث الثاني

#### قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ قصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي-في جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثة؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزم بقاء هذه التدابير بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبها.

### المطلب الأول

#### كيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطى لرئيس الجمهورية مركزاً حيوياً في الدولة.

وهو مفهوم يبلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل رئيس الجمهورية أمينا على احترام الدستور؛ كافلا للدولة استمرارها؛ وحكما بين سلطاتها لضمان انتظامها؛ وحارسا لاستقلالها، يصون تكامل إقليمها، ويصل على تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما تردده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تنقسم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة أبعادها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بغموضها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحدد بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلا عن تجهيلها بمظاهر انقطاع مؤسساتها عن السير المنتظم.

ويزداد الأمر غموضا من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، قلما يكون توقعها ممكنا، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها آثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حداثها، وتعد الوسائل العلمية التي تفضي إليها، وإمكان وقوعها دون بصر بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ واتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضريقتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تكييفا مع تحذر السيطرة عليها بالنظر إلى خفاتها.

وصار ثابتا - على ضوء ما تقدم - أن للتعبو بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمرا مستحيلا، ولفه حتى مع توافر بعض النذر التي تعتبر من إرهاباتها، إلا أن تشخيصها وقوفها على كامل أبعادها، كثيرا ما يكون وهما.

ثانيتهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، يثير من ناحية أخرى صعوبة تتطرق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التي تعرض للدولة، لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محددا على ضوء خصائص نشاطها، شرطا مضافا إلى شرط حدة المخاطر التي تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التي تبرر تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التي تقوم الدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تعين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كاملا، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبررا، كلما نجم عن عوارض خطيرة في نوعها وآثارها إذا كان لا يستطاع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلواها، ما يجعل التدخل بالوسائل القانونية المعتادة لإزالتها، عقيما.

وتظل الشروط الشكلية التي فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كقيد على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحا وقطعها في بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التي أحكم الدستور صياغتها ليوحد دلالتها تحديدا جازما، يعيها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقض رئيس الجمهورية ببده على أكثر

مظاهر السلطة خطيرة، وأصعقها أثرا في حياة المواطنين وحرياتهم. وهو افتراض قلما يتحقق على الأخص في حالاتي الغزو الخارجي أو العصيان الداخلي إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو لقتحام المجلس الدستوري بما يعطل مباشرته لوظائفه جميعها، فلا تكون الشروط الشكلية التي تتطلبها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجالية لحقيقة بعض الأوضاع الواقعية، وحقلان مرونه مواجهتها بالتدابير اللازمة.

### المطلب الثاني

حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

يحيط بهذه التدابير قيدان:

٥٣٩- أولهما: قيد موضوعي مؤده، أن تصدر التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التي تعود بها كل سلطة دستورية بدون ما يُعطى - إلى مباشرة وظائفها<sup>(١)</sup>. وهذا الغرض المخصص، هو ما يتعين أن تتوخاه تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق سواء، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ١٦ من الدستور. وهي حدود تتحصر في إعادة النظام إلى الدولة من زلوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالي تعديل الدستور لقلبا على أحكامه<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أن الانقلاب الذي وقع في الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسي، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفي السادس والعشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة للشرعية سلطتها بعد أن التفت حولها أغلبية الشعب الفرنسي، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب في الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هي التي مكنت الشعب الفرنسي من التكتل حول الجمهورية الخامسة، وقد فوض الشعب - من خلال استفتاء عام - الرئيس ديغول في اتخاذ التدابير الملزمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

(٢) يقول الأستاذ ودي ثابت غيريل في ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التي أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير المنطقي أن يقن الدستور نظرية دستورية ينتهي إدخالها إلى الممارسة بأحكامه حيث لا يسوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتناقض.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للدستور تأسيسا على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضيته<sup>(١)</sup> Heyries من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها -مخطئون- ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر واجبا دستوريا لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إهدارا سليبا لأحكامه، لا يقل سوءا عن مخالفتها بالخروج عليها. ولا يجوز بالتالي أن يحزل رئيس الجمهورية القضاء الذين كفل الدستور حصانتهم، ولو بادعاء تمردهم على الدولة وحضهم على عصيانها. ذلك أن تأديبهم لا يجوز أن يقع إلا وفقا للدستور والقانون.

ثانيهما: قيد شكلي موداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قرارا ينشر في الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكلفة بمضمونه وتعريفهم بهفواه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار -إلى جوار توقيع رئيس الجمهورية- رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسؤولين - كل فيما يخصه Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وقتا لأحكام المواد ٨ / ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسؤولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦، لا تحتمل التأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التي تلابسها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وتربص توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثرا في إجهاض المخاطر التي أفرزتها الأوضاع الداهية التي تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المناوئين للدولة، أتركوا التدابير التي قرر رئيس الجمهورية اتخاذها قبل سرريان مفعولها، لربما تحوطوا توقيلا لأثارها، بما يجرداها من كل فائدة عملية يرتجيبها رئيس الجمهورية منها.

(١) صدر حكم المجلس في ٢٨ يونيو ١٩١٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل المقرر بنص المادة ١٩ من الدستور، مؤداه إطلاقها من القيود التي تنافي طبيعتها، أو تعطيل الأغراض المقصودة منها، والتي لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستوري في شأن موضوع هذه التدابير<sup>(١)</sup> Consulté ou sujet des mesures prises.

### المطلب الثالث

#### زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها

٥٤٠- يقدر رئيس الجمهورية -في نطاق سلطته التقديرية، وحدود سلطته السيادية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخلفها، ويحدد كذلك نوع التدابير التي يجوز أن يتخذها لمواجهة ما. لذلك أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتها. وهو يترخص في مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفترض عقلاً بقاء هذه الأوضاع إلى أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذه رئيس الجمهورية من التدابير التي قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة في عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التي لا يجوز تعطيل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجرد إعلان رئيس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التي اقتضتها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فردياً، وما يتخذ منها صورة القواعد القانونية. إذ يستطيعونها في كل أشكالها -وأيما كان نوعها- تبعاً لزوال الضرورة التي قارنتها.

ووجهة النظر هذه يعيبها، أن التدابير الفردية تتعلق في الأعم من تطبيقاتها بأشخاص بذواتهم كان لهم دور في التحريض على العصيان أو تديره، أو في تعطيل السلطة للدستورية في الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنعها من مباشرة وظائفها. ومن ثم كان منطقياً أن تبقى هذه التدابير -للشخصية في طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء المخاطر، كجزاء على أفعال قارفها مرتكبوها. شأنها في ذلك شأن التدابير الفردية التي تصدر في مجال تطبيق القاعدة

(١) يصدر رئيس الجمهورية دليلاً كل تدبير بالعبارة الأكثرية التي استشاره المجلس الدستوري le conseil constitutionnel entendu. دون أن يعرف أحد كنه الخلاف بين هذا التعبير أو ذلك.



القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه التدابير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن التعبير فرديا، بل كان في شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن افتراض بقاءه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملا مخالفا للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها؛ ولأن كل سلطة استثنائية ينبغي حصرها في حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض في القواعد القانونية التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بزواتها، أنها تدابير تقتضيها الضرورة التي أملتها. فإن لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على استنفاد هذه القواعد لأغراضها<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر في ذلك من ١٩٤٥ من المقالة التي نشرها Jean Chatelain في الطبعة الثانية من مؤلفه وعنوانه

### المبحث الثالث

#### دور البرلمان في تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التي يتحول بها في الأعم من الأحوال طاعيا مستبدا بالمعنى الحرفي للطفيلان، حرص الدستور على تأكيد أهمية وجود البرلمان أثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها في جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعق أزمتها، وكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده في ذلك من خلال شرطين نابحين من نص المادة ١٦ التي أبرز الدستور بها معنيين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن يعتمد بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها أثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التي ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحررياتهم، بما يبيدها أو يرفتها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية في حل الجمعية الوطنية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل لعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتبئة؛ ويناقشها ثم يقدم الحلول التي يستصوبها لمواجهتها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التي يستتبعها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحم البرلمان فيها، أو استغل بها، لعطل تلك السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل في السلطة، أن يباشرها من فوضه الدستور فيها، مستهديا في ذلك بما يراه مفيدا من الأراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوصاية البرلمان على التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقرر جدواها أو ملامتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها<sup>(١)</sup> وقد يكون ذلك مخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أعماق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردّها على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي اختص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما أفردّه بتحملها، إلا على تقدير أن بيده -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قلّة ويجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -نص المادة ١٦- أمرين يتعين التوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمواجهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقطوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها<sup>(٢)</sup>.

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الاعتقاد، وامتناع حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه المخاطر.

والأمران كلاهما واجبان بحكم الدستور. فلا يعطّل البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية؛ ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزيا عقيم الفائدة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لا أن يـأجـزّه في النهوض بالمسؤولية الخطيرة التي يتحملها وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاونته لتتعدد

(١) في الرسالة التي وجهها الرئيس ديغول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦١ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -يقصد بها تمرد وحدت من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- فلن وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لأن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرقابة، وأنه انطلاقا من ذلك، تنال قلّة العلاقة بين البرلمان والحكومة بقرار عدم تعلقها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقا لنص المادة ١٦ من الدستور.

.....De ce fait, les rapports du gouvernement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

(٢) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو يرأس المجالس واللجان العليا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو عين الموظفين المدنيين والعسكريين وممثلي الحكومة في الأراضي الواقعة فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور). وعلا بنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أشكالها، ويندرج في إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعماً إياه بكل الوسائل التي يملكها، ومن بينها الحقائق التي يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوئها، أكثر التدابير مناسبة للأوضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الواجهة الخلفية لرئيس الجمهورية، لا لينفرد بالسلطة -استقطاباً لها وتسلطاً عليها أو بها- وإنما ليبشرها في حدود أمانة لا تخل بقوة الردع في مواجهة هؤلاء الذين يعمدون إلى الإضرار باستقلال للدولة؛ أو الانقراض من تكامل إقليمها؛ أو الانقضاض على وحدة شعبها؛ أو الإخلال بتمهدها الدولية؛ وبما يحق سلطاتها الدستورية عن العمل في صورة منتظمة<sup>(١)</sup>.

(١) Jean Chatelain, Professeur émérite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique française (analyses et commentaires) 2e édition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public, 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des décisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation française, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic, pp.113et à 120; Avis et débats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparations de la Constitution) la documentation Française, 1960).

المبحث الرابعتقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسيمن جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة في أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية في موضوع معين على نص في الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجاوزة رئيس الجمهورية حدود ولايته التي بين الدستور تخومها، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق، فإن وجود نص في الدستور يحدد أغراضا بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقا لحكم المادة ١٦ المشار إليها، مؤداه ضرورة تقيده في ممارستها بهذه الأغراض عنها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرافا بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم في أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الملزمة، لإجهاض فتنه قبل استفحال دائرتها، ولتعتيقها في أسبابها وسحقها بعد البصر بعواقبها.

ثانيهما: أنها تكفل تكفل المواطنين حول الشرعية الدستورية التي يعتبر رئيس الجمهورية رمزا لها. فلا يتصلون من التدابير التي يتخذها لدعمها، ولا يقعون بالجهود التي يبذلونها عن واجبهم في محق كل عنوان على هذه الشرعة.

بيد أن لنص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية في يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قمعية أو وقائية في طبيعتها، بعيدة في مداها من جهة نطاقها، خطيرة في آثارها من ناحية مساهمها بحقوق المواطنين وحريةهم بصورة جوهرية.

وكثيرا ما تفقد هذه التدابير تناسبها مع نوع وحدة المخاطر التي تقابلها وتواجهها.

وقد يصور رئيس الجمهورية -من أجل الإقناع بالتدابير التي لارتأها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكلل تزييفها تشويقا لها.

وقد يعتصم رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التي لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التي اتخذها غير خطوة دراماتيكية لا محل لها.

وقد يعتصم رئيس الجمهورية من خلال تدابير فلسية يتخذها، إلى تأكيد سلطته حتى يتمحور للدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تتصاع أجهزتها لغير أوامره تتلقاها صاغرة، بما يجعل استقلالها حلقة في ديكتاتورية بغضه لا مكان فيها للتحديد بكل أشكالها وقيمتها.

وإذا كان الأصل في التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل الشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعثها.

وما نراه في نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص في الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يباشرون السلطة الاستثنائية التي تخولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون في مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يحبرون من خلالها عن إرادة القهر والظغيان التي لا تفتح بها للشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تتفلق أبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالسلطة حددها السلطة التي تقابلها. وهي في مقابلتها لها تولزنها وتقوم لتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالحصمة من الخطأ في كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوماً على الحق، وهو افتراض تنتقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز بالضرورة أن يقيها نص عريض في معانيه، مفرط في أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التي تتوخاها هذه المادة لها من نبيلها وسوالها ما يجعلها قيذاً على السلطة الاستثنائية التي يباشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إبطال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يولد الانطباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، وواسطة عقدها، ويؤثر اهتماماتها، ومعتقد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطلبها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليظهر نص المادة ١٦ من الدستور -من خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برباطة مصطنعة لا حقيقية.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تخالطها مخاطر أيا كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالفلاح التي يتحدر اقتحامها. نزيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش الفرنسي في الجزائر. فقد ألقى هذا التمرد من قدر رئيس الجمهورية بعد أن واجهه بنص المادة ١٦ من الدستور التي أفاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في تأكيد سلطته أكثر من إسهامها في إخماع التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مفتقرا إلى أغلبية شعبية تؤازره؛ وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو تؤثر أسبابها، ولكنها كذلك تتركسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطربا في بناء مراكز للقوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كنفها الوسائل الكافية لإنهاء كل صراع داخلي بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداهما.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يباشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها. فذلك بافتراض استغلالها في الأغراض التي يرصدها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تكوينها في الدستور، مبررا لمحبها إلى أوضاع لا تسعها، وليس لها شيء من خصائص الضرورة الملجئة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية المعتادة بقضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كان الناس أكثر تسليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم.

Plus les hommes sont armés, est moins qu' ils sont tentés d' user leur armes. إلا أن هذا القول لا يستقيم في إطار نظم ديموقراطية تقوم في جوهرها على الحوار، والتفاهم، وقوة الإقناع بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدورها.



### المبحث الخامس

#### نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلاحتها

#### بقيم الشرعية في مدارجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مفتوحة من المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، إذ هي الوجه المقابل لها في دستور مصر. وهي بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عباراتها وتسميها، وغموض صياغتها وتعدد تأويلاتها، وعلى الأكل من جهة نوع ونطاق المخاطر التي يتكفل رئيس الجمهورية بمناستها، لاتخاذ التدبير التي يملكها وفقاً لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

#### ٥٤٤- ولعل أبرز مساوئها:

أولاً: أن حكمها لا يقدر رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونية - كما كان موقعها - فيما يراه من التدبير قبل اتخاذها. وهي لا تعطي المحكمة الدستورية العليا - على الأخص - دوراً استشارياً في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تقصص في دستورها بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانياً: كذلك ليس في نص المادة ٧٤ ما يكفل انعقاد السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا ما يمنح رئيس الجمهورية من حطا. إنهاء لوجودها إبان مباشرته لسلطاته الاستثنائية التي يؤسسها على نص الماد ٧٤ المشار إليها.

وهي بذلك سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة قسماً آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه في المادة ٧٤ من الدستور قيداً حقيقياً عليها.

ذلك أن نص هذه المادة، وإن أُلزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التى اتخذها على المواطنين لاستقتانهم في القول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء فى الدول النامية، كان دائما تعبيرا هوائيا عن إرادة المواطنين الذين يعطون أصواتهم للتدابير التى يعرضها عليهم رئيس الجمهورية بغير بيان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها؛ ونطاق الآثار القانونية التى ترتبها وتؤثر فى أنماط حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهرية حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس للجمهورية التدخل بالتحديد الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتعهداتها الدولية -ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- والتي ما توحى التصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها في الجريدة الرسمية، غير تطبيقها فى النطاق الداخلى.

كذلك فإن من صور التزام الدول ما يتعلق بالعلاقات بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون النكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بعمل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور للتعاهد هذه، أشكالا من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون توقيها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضيها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز للتدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتعويق مؤسساتها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤده من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، وأو لم يكن هذا الخطر جسيما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور الفرنسى فى مجال تحديدها لنوع المخاطر التى تستهض تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتعلق بالوحدة الوطنية، أو بسلامة الوطن، يعتبر كافياً لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهته، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية. وهو ما يناقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي لا تقتضي في تطبيقها وقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك -كشرط إضافي- أن يكون هذا التهديد، مودياً إلى انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامساً: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على أن يحدد الأغراض التي لا يجوز أن تميل عنها التدابير الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها في تلك التي تعود بها كل سلطة دستورية عامة -دون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها؛ فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التي يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادساً: وأياً ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها في الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تعمل في إطار الحقوق العريضة التي خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتي يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور -التي تعد للمادة التي تلتها- فيما تقرره من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن المهر على تأكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان القادتان في إطار منظومة متكاملة غايتها تعظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة برأسها، ويحفظ كيائها ويصون وحدتها، في إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعاً: وفي إطار نص مهمل كص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التي تستهض تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة في نوعها، عريضة في آثارها، فلا ينتحلها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقصر الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة في زمنها؛ مقيدة بالأغراض التي تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحرياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تتمحض إسراراً في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التي يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مردداً إلى جسامتها، وتحذر التحوط لها قبل طرونها.

ولا كذلك ما يكون مألوفاً من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلاً أو تجسماً لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوكل بها رئيس الجمهورية، مواجهة مخاطر لا تزيد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين التيقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرجح وقوعها، ويظهرها في ثوبها الحقيقي كمخاطر داهية تؤثر بصورة عميقة في الأوضاع القائمة، كصراعٍ مرير بين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بعقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تفصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التي تواجهها. ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها، ولا يعتد بالتالي في تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حدتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييراً لها أو انقلاباً عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها المخاطر، والتدابير التي تجابهها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلزمة في دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التي ترتبها، وكافية لاقتلاع ضرورها وإنهاء أزمتهما بما يكفل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تنقسم التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية - في النطاق المتقدم - بوحدة هدفها ممثلاً في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلى حالتها الطبيعية بخير ليطاء. وجزأ بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقامتهم في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون، أو مصادرة رسائلهم أو الإطلاع عليها بخير أمر قضائي، وساغ أيضاً إنذار كل صحيفة أو وقفها أو تعطيلها، إذا كانت تعرض على الفتنة، وتزين أفعال المتمردين وتشجعهم على العصيان.

فذلك كله مما يدخل في نطاق التدابير الاستثنائية التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تعديها بالأغراض التي تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيوداً قانونية - لا سياسياً - عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه انتهاكاً خطيراً بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون لزوال المخاطر التي واجهها رئيس الجمهورية، حداً زمنياً نهائياً للتدابير التنظيمية التي تصدر في شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية - وهي موقوتة بطبيعتها - إلى سلطة دائمة.

ولا كذلك للتدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التي تعتبر كذلك بالنظر إلى تعلقها بشخص بنواتهم طبيعيين أو اعتباريين - كان لهم دور فاعل في تأجيج المخاطر وتفاقمها وإذكاء لهيبها<sup>(١)</sup>. ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزاء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهياً بلفتها المخاطر.

٧. لأن كان قرار رئيس الجمهورية بالجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يرجع قضائياً باعتباره من أعمال السيادة<sup>(٢)</sup>، إلا أن التدابير التي يتخذها في نطاق هذه السلطة الاستثنائية - أولاً كان مضمونها - لا يجوز إغفالها من الرقابة القضائية، سواء تطبق الأمر بالفصل في دستوريتها أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التي وصفها المادة ٧٤ من الدستور <بالإجراءات السريعة لمواجهة الخطر>. وإن تعين عرضها على المواطنين

(١) يتخذ رئيس الجمهورية التدابير الفردية في مواجهة أشخاص كان لهم دور في إذكاء الفتنة وتاجيها والعمل على توسيع دائرتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

(٢) شأن هذا القرار في ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور، فكلاهما من أعمال السيادة.

لاستفتاءهم فيها خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصبح عولاً أصابها، ولا يزيل سوءاتها، ولا يقلبها إلى تدابير موافقة للمستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ سريان ميعاد الستين يوما من تاريخ آخر إجراء (تدبير) اتخذته رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر، إذ لو قيل بمرض هذه التدابير على المواطنين -واحدا واحدا- لاستفتاءهم فيها، لوقع الاستفتاء في شأن كل تدبير على حدة، وهو مالا يتصور لأمرين:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تؤثر اضطراباً في الحياة السياسية التي يراد إعادتها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير في مجموعها على المواطنين، يعطى صورة إجمالية عنها، هي التي يدخلونها في اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تميز في ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها خصائص القواعد القانونية.

ذلك أن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطراً من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعدد تطبيقاتها، إلا أن التدابير الفردية تعتبر "إجراء" في مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالي عرضها في الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التي لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضلّل أهمية التدابير الفردية، مردود بأنها قد تتناول قطاعاً عريضاً من المواطنين، لتصيبهم في حرياتهم أو في حقوقهم التي كفلها الدستور، مثيرة بالتالي غضباً قومياً علماً.

٨. وكلما رفض المواطنون التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بعد عرضها عليهم في الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لآثارها من وقت اعتراضهم عليها. ويظل للمحاكم النظر في كافة الآثار المترتبة على تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كذلك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يبقوها بكل آثارها ويصححها منذ صدورهما، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

تفرض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الخصومة القضائية. وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية<sup>(١)</sup> من أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها على هيئة الناخبين لاستفتاءهم فيها، لا يطرأها من عيوبها، ولا يجوز أن تتنزع به السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يظل كل عوار اتصل بهذه التدابير، كاملاً فيها حتى تفصل السلطة القضائية في أمره<sup>(٣)</sup>.

٩. تعتبر الرسالة التي يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه في شأن الأوضاع الاستثنائية التي يواجهها الوطن، وقد تهديدها لوحته الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو تعويقها لمؤسساته، شرطاً شكلياً لازماً بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافاً إلى شرط شكلي آخر هو الاستفتاء على التدابير التي قارنتها.

وهو يحل رسالته هذه للجماهير بعد اتخاذ هذه التدابير، وقبل عرضها في الاستفتاء، حتى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالي أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن تسقط ما هو هام من التدابير التي اتخذها، ولا أن تتناولها في صورة إجمالية لا تنص على حقيقتها. بل يتعين أن يكون بيانها جلياً وإن لم يكن بالضرورة تفصيلياً.

وإبناءً رئيس الجمهورية مواطنيه بالتدابير التي اتخذها أو استفتاءهم عليها، فلما يكون مفيداً في كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها، ذلك أن رسالته إليهم قد تجسم المخاطر بما يبعد بها عن حقيقتها. وهي تصور التدابير التي اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقال من وطنائها حتى لا تظهر في كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحمل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيراً ما يوجزها لإخفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهي بعد تدابير لا ترقبها السلطة القضائية - غالباً - إلا بعد اكتمال تنفيذها واستنفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المشرورين منها غير الحق في التعويض عنها.

(١) صدر هذا الحكم بجلستها المقعودة في ٢١ يونيو ١٩٨٦. ونشر في ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة؛ انظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري - منشأة المعارف ١٩٨٥ - ص ٤٢٢.

(٢) محكمة القضاء الإداري - الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ق الصادر عنها في ٢٩ يونيو ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية، مردود بأن الاستفتاء عليها في الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضها، فلا يتحضر إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحويل لولاية هيئة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم يحل -في ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية في مباشرة سلطاته الاستثنائية، وكأن المواطنين يمهرون بها بختهم. وتلك صورة خادعة من الإجازة غير المشروطة التي لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكا عن وجودها، ولا اللجوء لنص المادة ٧٤ من الدستور نوقيا لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بطول المخاطر لا بترسخها. فإذا لم يكن الخطر حالا ومباشرا<sup>(١)</sup> أو كان محدود الأثر، أو كان غير متعلق بالمصالح التي حصرتها وكفلتها المادة ٧٤ من الدستور<sup>(٢)</sup>، بطل التفرع به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في مداها- إلى حد تعديل قواعد الدستور بما يغير بنياتها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يخلل به نظامها محددا على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحويل قواعد الدستور عن طريق تعديلها، كان ذلك إخلالا عن هذه القواعد التي تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدستورية، والتي ما تدخل رئيس الجمهورية أصلا لصونها، إلا من خلال نص في الدستور هو نص المبادأة<sup>(٣)</sup>.

كذلك ليس من شأن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار نص المادة ٧٤ من الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التي يحتضنها الدستور، والتي يندرج تحتها افتراض السيادة، ومبدأ شخصية العقوبة، وامتناع افتراض المسؤولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي؛

(١) هذه المصالح هي ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لندورها الدستوري.



أو بغير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تفريد العقوبة بما يحتم توقيعها بأغلبية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصبهم في جمود قوابلها وكأنهم لا يختلفون فيما بينهم.

ويناقض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة؛ أو إهدار حرية العقيدة؛ أو الإخلال بالحق في الدفاع؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو افتراء أقواله التي لا يريد الإفصاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ أو تقييد حريته بغير حق، أو الحط من كرامته؛ أو تعذيبه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون ممثلة في قسوتها، أو مجاوز في شذوها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة أموالهم بما يسمها في كل مفرداتها؛ أو عزلهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها؛ أو إهمالهم عن مصر أو منعهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي وفي الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها وإطراد تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بأدمية الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافة حقوقه وحرياته. وعلموا على السكّين لا يقبل جدلا. وإطلاقها يحول دون تقييدها.

ولأنها -لحوق ما تقدم- من الحقوق الطبيعية الأسبق وجودا من تخرطهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي -هدم من الأسرة وانتهاء بالدولة- فلا يجوز النزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -عقلا- بأهدافها، وأن يكون للتدخل بها دون إبطاء، وإلا استغل الخطر وتعاظم مده.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينازع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستتبع تطبيقها أو تخفيفها؛ وما يكون ملتما من التدابير لمواجهتها.

ولا يتصور بالتالى أن يشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا فى كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها. واقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتنائها بعد الأوضاع إلى حالتها السابقة على نشوئها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التى قيدها السلطة الاستثنائية التى باشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

والبرلمان بالتالى أن يعيد النظر فى كافة التدابير التى اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعى، ولو اقتضاه ذلك إلغاءها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمية أو فردية على ضوء معيار موضوعى بعد مبادئها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية فى عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص للمادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويدمجها فى شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جميعها. فلا يكون تطبيق المعيار الشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ بعد هذا المعيار وفى مجال هذا التمييز - بالجهة التى صدر عنها الإجراء، وهى فى هذا الفرض جهة واحدة، هى السلطة التنفيذية التى يأتى رئيس الجمهورية فى أمتها.

١٦. أن النظم من التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة التقيم عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ (١).

ولا يعتبر هذا النظم - على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية تـ ٢٤ (٢) - نظما إداريا، وإنما ينحل إلى خصومة قضائية بمعنى الكلمة عهد المشروع

(١) لاضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب، بدأ جديدا برقم خامسا، مقتضاه اختصار محكمة التقيم دون غيرها بالفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص للماد ٧٤ من الدستور.

(٢) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى جلستها المقودة فى ١٩٩٢/٣/٧ - قاعدة رقم ٧ - ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة القيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التي تختص أصلاً بالفصل فيها بوصفها قاضيتها الطبيعي.

ومن البدهي، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، يتعلق بطول محكمة القيم محل محاكم مجلس الدولة في الفصل في أنواع من المنازعات الإدارية، هي التي تتعلق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحصر هذا الإجراء قراراً إدارياً. فإذا كان قراراً تنظيمياً عاماً، تمحصر عن قواعد قانونية تتولى للمحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الفصل في دستورتها وفقاً لقالونها<sup>(١)</sup>.

---

(١) على أن محكمة القيم تظل محكمة موضوع. ومن ثم ينحصر دورها -إذا ما عرض عليها نزاع يتعلق بأحد التدابير التنظيمية التي اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور- في أن تقرر جدية الدفع بعدم دستوريته، وأن تحيل بعد ذلك الموضوع المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستورتها إذا قدرت جدية هذا الدفع، أو أن ترخص الخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية العليا (انظر رسالة الدكتوراه الأستاذ سمير على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية). وكذلك رسالة الدكتوراه الأستاذ جدى ثابت غريبال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها).

### الفصل الثاني

#### السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي

### المبحث الأول

#### علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، إن المصالح المعتبرة شرعا هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلائمة معها. وهي بعد مصالح لا تنكأ جزئياتها أو تتحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد بضمونها ونطاقها- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان الصحابة والتابعون يشرعون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لنفعهم، أو دفعها لضررهم، أو رفعاً للحرَج عنهم. وهم يصرون في ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليُجعل عليكم من حرج" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " وما جعل الله عليكم في الدين من حرج؛ وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغي أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم في كل أحوالهم وأوقاتهم؛ وأن عسرهم يفضي إلى تقرير قواعد تيسر عليهم، ولا تريد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما في وسعهم، صون لحدود الاعتدال التي يناقضها إيقاعهم في الحرج، أو الحمل عليهم لإرهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحما بعضهم لبعض لا يتأخرون إفاكا، ولا ينظفون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثمًا حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس في ضيقهم، تفارق أحوالهم في سعتهم؛ وأن القواعد التي تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التي تنظم أحوالهم الضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التي تحدث بهم لا يجوز أن تنقاسم أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمان لحصر ضرورها؛ وأن تسليهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه في حياتهم اليومية برتابتها وسكينتها، ينبغي أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر ولحاط بالدولة التي تضمهم إليها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/١/٦ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٢٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إفزاعهم يؤثر اضطرابها ويبدد دواءها. ولأنهم يلوذون بها، فإن عليها أن تعصم بعناصر القوة التي تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التي ألقمتها للخطر، وهدمها.

وعناصر القوة هذه، هي سلطاتها الاستثنائية التي ترد بها عنها مخاطر دهمتها، أيما كان مصدرها أو سببها. فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل في عمقها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بغير ذلك من ركائز بنائها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بقتل وطنها؛ ويتعذر توقعها؛ ويحطولها لا يتراخوها؛ ويخللها المباشرة بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو التضحية بها، لاصصالها في واقعها - بوجود الدولة في ذاتها، أو بمطالباتها في الأمن والاستقرار؛ أو بحاجتها إلى المعنى فيما يعود بالنفع العام على مواطنيها.

ومن ثم كان إبطال هذه المخاطر، مقتضيا نفعها بالوسائل التي تتناسبها، والتي تنهيا بها فرص إجهاضها. فلا تكون هذه الوسائل هي ذاتها التي تلزمها الجماعة في ظروفها الطبيعية التي قد تلاعبها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعثر بها حيلتها.

وإنما هي المخاطر الملتهبة التي تنصر أمرها، فلا تندها غير طرائق توزيعها في حثتها، لتصيبها في جزورها ومنابتها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالي أن تتراخى تلك التدابير لتفقد بأسها، ولا أن تكون هوانا بما يضطربها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها في دفعها؛ وحزمها في سرعتها؛ وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشرعية الدستورية في تطبيقاتها المطردة التي تقيم للدولة القانونية ركائزها التي حددتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>>إذ نص الدستور في المادة ٦٥ على خضوع للدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تنفذ في كافة مظاهر نشاطها - وأيا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها - بقواعد قانونية تلو عليها، وتكون بذاتها ضابطا لتصرفاتها وأعمالها في أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تبأثر نيابة عن الجماعة ولصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيراً عنها، إلا أن لنبثق هذه السلطة عن تلك الإرادة وارتكازها عليها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموحها، وضماناً لردّها على أعقابها هي جاوزتها>>.

>>وكان حتماً بالتالي أن تقوم الدولة القانونية في مضمونها المعاصر -وعلى الأخص في مجال توجيهها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعرّزاً بمبدأ الخضوع للقانون، باعتبارهما مبدئين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية في أكثر جوانبها أهمية؛ ولأن الدولة القانونية هي التي يتولّى لكل مواطن في كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية. وهي ضمانته تدعمها السلطة القضائية من خلال استقلالها وحصانتها، لتصبح لقاعدة القانونية محورا لكل عمل، وحدا لكل مطلبة، ورادعا ضد العدوان وفي هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحياتهم، عن الحدود الدنيا لمطلبتاتها التي تقبلها الدول الديمقراطية بوجه عام، ولا أن تفرّض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيوداً تكون في جوهرها أو مداها، مجافية لتلك التي درج العمل في الدول الديمقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطي- مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، التي تسمو فيها القاعدة القانونية عليها، وتتقيد هي بها<sup>(١)</sup>>>.

تلك هي الدولة القانونية بمقوماتها التي حدتها المحكمة الدستورية العليا. وتظل لهذه الدولة مقوماتها هذه -في جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطر فاش يرهقها ويقتصر مصالحها الأساسية، إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها وسرعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن تقيدتها بالأغراض المنطقية التي تستهدفها، ما يجبر مشروعاتها؛ ومن ملامتها لاقامح المخاطر التي تطل عليها، ما يكفل اعتدالها وتساوبها معها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية في أسسها ودولفيمها. وتلك هي الشرعية الاستثنائية التي تنظر مع اتساع وعمق التدابير التي تتخذ في نطاقها، نظاما قانونيا ككل المستور أصله، وحدد القانون الضوابط التي يقوم عليها<sup>(١)</sup> وأيس لرئيس الجمهورية بالتالي أن يتنزع بأوضاع طارئة -لما كان قدر حدتها وعصفها بالحقوق- ليأمر بمسبها سلطة مطلقة لا عامم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن انفلاتها من كوابحها مؤداه مجاوزتها حدود القانون، وانحرافها عن أهدافها، وإخلالها كذلك بالقيم الجوهرية التي احتضنها الدستور، كافتراض البراءة، وكالحق في التذاعى، وفي مباشرة الدفاع، وفي مواجهة للشهود؛ وفي إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتنظر الشرعية الدستورية بضوابطها في الأوضاع الطبيعية، هي الإطار العام للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردها أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توفيا لحرص ثقافتها واتساع دائرتها، إن لم تولجها بما يلزمها من التدابير؛ وبمراعاة أن حق الدولة في مباشرة رخصتها لا يقل في وجوبه عن مباشرتها لعزائنها؛ وأن رخصتها يخولها التدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير تزيد وطأتها ودائرتها على تلك التي تركز إليها في أحوال يمرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عذرا مانعا من تطبيق القواعد المعتادة للشرعية الدستورية. وهو عذر يزول بزوال الضرورة، ذلك أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بقدر الضرورة التي تطلبها، مؤداه أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان واجبا، وكان بقلوها يعد إهمالا لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تزلحم الأضرار على محمل واحد، يقتضى القبول بأهونها توفيا لأفئدها؛ والتحمل بالأضرار الخاص لرد ضرر عام.

والدولة بذلك، توازن بين التدابير المختلفة حال تعرضها فيما بينهما، فلا تختار غير أصونها للحقوق، وألفها بقييدا للحرية، ودون الإخلال بحق المضروبين من هذه التدابير في طلب التعويض عنها.

(١) "المحكمة العليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية -جلسة ١٩٧٦/٤/٣- من مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعية في نطاق الضرورة التي أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإنما تناسبها في قدرها.



### المبحث الثاني

#### الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفي إطار منظومة التدابير الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا للدستور، جاء نص الماد ١٤٨ منه التي تخول رئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوبا على السلطة التشريعية خلال خمسة عشر يوما التالية لتقرر ما تراه بشأنه. وفي حال طحا يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مداها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء تطلق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التي كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط في مضمونها ومداها، بنوع المصالح التي تحميها، ودرجة الخطر التي تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حدا يحمل الدستور على بيانها حصرا، فلا يجوز للتدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التي تستهدفها التدابير التي يتخلف بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن يتجاهل الدستور تحديد المصالح التي تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض الدستور المشرع في بيانها بما يطلق يده في مجال تحديدها، ويبسطها في الأعم من الأحوال مما لاء لرئيس الجمهورية ولدعم نفوذه، بما يؤثر سلبا على طبيعة النظم القائمة في الدولة، ولوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديمقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جليا بمقارنة المادتين ٧٤ و١٤٨ من دستور مصر التي تتعلق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر حال أحرق بها، وثانيتهما بحالة الطوارئ L'état d'urgence التي تقتصر الدستور على بيان الخطوط العريضة التي تحكمها. وذلك الدستور غير بين هاتين المادتين من النواحي الأكي بيانها.

١. أن أولاهما قاطعة في بيانها لنوع المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها. ولا كذلك ثانيتهما التي جهل الدستور من خلالها بالمصالح التي تصمها حالة الطوارئ بعد إعلانها<sup>(١)</sup>.

٢. أن التدابير التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، تنحصر في تلك التي تكفل مواجهة المخاطر التي تتهدد بها المصالح التي عينتها. ولا كذلك التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها في نطاق نص المادة ١٤٨ من الدستور. ذلك أن دائرة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التي تتدخل هذه التدابير لصونها. ولا يتقيد رئيس الجمهورية -علا بنص المادة ١٤٨ من الدستور- بغير بيان للفترة الزمنية التي تبقى الحالة الطارئة خلالها، ويعرض قراره بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجال التي حددتها المادة ١٤٨ المشار إليها<sup>(٢)</sup>.

٣. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التي تستتبع تطبيق المادة ٧٤ من الدستور، يتلقاها مباشرة من نصها.

لذا تعلق الأمر بإعلان الحالة الطارئة، فإن نص القانون هو المصدر المباشر للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تتعلق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تهدد المصالح التي حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصرا، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور، ييسطان سلطة الردع التي يخولتها لياه. والقراران كلاهما من أعمال السيادة التي لا تجوز مراجعتها قضائيا.

(١) المصالح التي تصمها المادة ٧٤ من الدستور، هي تلك التي تتعلق بضمان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يقول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تفول رئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. وفي ذلك تفويض من الدستور للمشرع في بيان المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها من خلال حالة الطوارئ التي يعلنها.

(٢) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية، ليقرر ما يراه في شأنها. فإذا كان المجلس منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ولا كذلك التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبهة فيه، وعلى الأخص من جهة الآثار التي ترتبها هذه التدابير في شأن حقوق الأفراد وحريلتهم انقلاباً عليها؛ وإهداراً لضمائنها المنصوص عليها في الدستور.

### المبحث الثالث

#### الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- بالنصوص القانونية للمنظمة للأحكام العرفية - التي تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم<sup>(١)</sup> - مرددة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للسلطة التي تختص بإعلانها، وحصر سريانها في آجال محددة لا تجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن سده، بما يطلق يده في تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة في مساسها بحقوق الأفراد وحررياتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التي يستتبع الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة؛ وإنما تنبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التي تتخذها الجهة التي عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها ففى موقعها من الشرعية الدستورية، وقد حرصها على التقيد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص في فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما في انتهاجهما الديمقراطية لسبوا وحيدا للحكم، وضمنا نهائيا لسيادة القانون.

### المطلب الأول

#### الأحكام العرفية في فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي على عبارة مركزة - على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغير إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من اثني عشر يوما.

L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement.

(١) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هي حالة الاستعجال L'état d'urgence ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها في مصالحها، هي من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل السلطات الاستثنائية التي تؤدي بانؤها إلى انسياب قوة الردع التي تملكها الدولة وإلى حلول السلطة العسكرية محل السلطة المنفعية فى مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص فى مجال التفتيش والإبعاد -وبعد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التي يرتكبها المندوبون.

وكان إعلان الحكم العرفى يقرر من قبل فى فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقداً، كان رئيس الجمهورية يطن الحكم العرفى بمرسوم يصدر بعد أخذ رأى مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تقتضى به المادة الثانية من القانون الصادر فى ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفى ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التي نراها خطوة رجعية تركت بها الديمقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها فى أعماق السوابق القديمة التي لا يصححها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها فى شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكفل سريانها فى كافة أحوالها دون قيد.

ولما ما كان الأمر، فإن المادة ٣٦ آفة البيان، ميراثها المنطقية سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الناحية السياسية يفترض إعلان الحكم العرفى تحقق مخاطر فلاحمة *Un Peril extrême* داخلية أو خارجية -تتدر بانؤها الوخيمة العاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما يخلو السلطة التنفيذية أن تعلن الحكم العرفى بقرار يصدر عنها ولا يقبل المراجعة القضائية باعتباره من أعمال السيادة. ذلك أن المقصود أصلاً بإعلان الحالة الطارئة، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدتها ما يقتضى دفعها بما يلائمها من التدابير العاجلة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تقادم صور الصراع الداخلى بين أبناء الوطن الواحد، وتكازع توجهاتهم ونزوعهم أحياناً إلى الانفصال واتساع دائرة القيم الأيديولوجية التي يخلفون عليها، وإمكان لجونهم فى هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعيدة فى مداها وآثارها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية بحكم قوتها وحدتها -غير التدخل لتدبر الأمور إلى نصابها بصورة مقكرة، لا توازيها فيها السلطة التشريعية التي تنقسم كثيراً على نفسها بما يجرداها من عناصر تماسكها. بل إن ترددها فى تقرير الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وتلك آفة الديمقراطية التي لن تؤتي ثمارها دوماً، إلا بشرط إنفاذ ضماناتها، وتقرير وسائل حمايتها التي تنتهي بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن الدساتير في اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فـى مواجهة البرلمان، تميل إلى تقرير النصوص القانونية التي تمنحها مركزاً متفقاً. تكون به يدها هي العليا في مقابلة المخاطر التي تهدد الدولة، ولا تتواصل بها حياتها، أو ينفرد معها نظامها. أو يختل معها تكامل إقليمها.

وهي تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الحيلولة محل السلطة المدنية في مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية في كثير من جوانبها.

ويقود نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي من حقوق المواطنين وحرياتهم، من خلال السلطة الاستثنائية التي تمنحها الحكومة لتعيق تدخلها في شؤونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفي في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبلغها بإجراءات جديدة أيسر منها يندرج تحتها:

\* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التي كان البرلمان يقرع عليها حتى العمل بالمرسوم الصادر في ١٩٦٠/٤/١٥ الذي ألغى هذه الضمانة لجعل إعلان هذه الحالة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد اثني عشر يوماً من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril imminent أو بكارثة وطنية أو بخلل خطير في النظام العام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تخول المبدأ اتخاذ تدابير مختلفة يندرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتحديد مخالقاتهم.

\* قوانين الاستنفار Mise en garde التي تخول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيلها حرية أكبر في العمل بقصد تأمين القوات المسلحة في تحركاتهم وحشد وحداتها.

\* قوانين الدفاع [DOT] *Defence operationnelle du territoire*. وهى لا تتعلق بأوضاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن فى مناطق بذواتها [DOT] بما يخول الجيش سلطات بوليسية.

وتعدد هذه القوانين مؤداه، أن تنفذ المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى -إلى حد كبير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النص على هذه المادة فى الدستور، لا يبطل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التى ينشئها المشرع. ذلك أن سلطته فى تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التى تفرد البرلمان باختصاص تقرير النصوص القانونية فى شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتها الجوهرية التى تصون مباشرتهم لحرياتهم العامة<sup>(١)</sup>. وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصاص البرلمان بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم، يفترض ألا يقدها بتدابير استثنائية ترمقها.

#### المطلب الثانى

#### حالة الطوارئ أو الاستعجال فى مصر

#### L'état d'urgence

#### الفرع الأول

#### أسسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتى:

>>>حيطان رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

(١) انظر فى ذلك مقالين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وهما منشورتان فى

الصفحات من ٧٧٩ إلى ٧٨٥ من مؤلف عنوانه: La constitution de la republic

française, angbyses et commentaires 2e édition [Economica]

وإذا كان مجلس الشعب منحلًا، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.  
وفي جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب>>.

٥٥٢- ويبين من هذا النص:

أولاً: أن رئيس الجمهورية هو المختص -دون غيره- بإعلان الحالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، كتسمية أدق. وهو لا يطلعها إلا على الوجه المنصوص عليه في القانون. بما مؤداه أن إعلانها لا يقع إلا وفق للشرط التي يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطرود أحد المخاطر التي حددها المشرع حصراً، فلا تقوم حالة الاستعجال في سواها، وإن تمتنع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عسوية على الرقابة القضائية في شأن قيام هذه المخاطر أو تخلفها، بشرط أن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتعين أن تستهدفها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرفاً بها عن أهدافها، بطل قرار إعلان حالة الاستعجال.

ثانياً: أن حالة الاستعجال لا تطن إلا لفترة محددة، يجوز مدّها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التي تتمس عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة القصير أجلها، إذ تقتض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريباً من بدايتها، ويعتبر نهاية زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التي يكفي لتوافر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تمعن أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس انفراسها، وإن دل العلم على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كتقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيماً.

ذلك أن السلطة التشريعية تعتمد دائماً إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -وقبل انقضائها- إلى فترة تالية تنبئها فترة ثالثة ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتدخل هذه المدد مع بعضها، وتتضام حلقاتها. فلا يبدو لزمها من نهاية، وكأن فترة



مرياتها غير المحدودة، فرض عين علي المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكا. وهو كما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا ترض رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تتصلا منها عن مباشرة واجباتها وفقا للمستور.

ثالثا: على رئيس الجمهورية -خلال الخمسة عشر يوما التالية لصنور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حال انعقادها كي تجيل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما يتعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مواجهتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تكبر حوارا حقيقيا حول هذه المخاطر، وقوفا على ماهيتها، وتحريا لمصادرها، وتحديدا لدرجة جسامتها، وأن تزن ذلك كله بنظرة محايدة لا تستلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافق هذه المخاطر أو تخلفها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يتوهمها ولا أن يصورها على غير حقيقتها.

وعلا بالفقرة الثانية من المادة ٤٨ من المستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحل، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان المنحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستطيل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها، سواء في طرائق مباشرتها، أو على صعيد نطاق عدولتها على حقوق الأفراد وحرياتهم.

رابعا: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المخولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقا جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضافة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقييد بعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية - في عموم تطبيقاتها - مقيدة بمجابهة المخاطر الداهية - ولو كانت من طبيعة اقتصادية<sup>(١)</sup> - على تقدير أن هذه المخاطر هي التي تترأخى بها ضوابط الشرعية الدستورية في أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، ويقدر متطلباتها.

لا فرق في ذلك بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور. من أن كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحاً ونافذاً إلى أن تعدها السلطة التشريعية وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور؛ مؤداه أن تبقى نافذة أوامر رئيس الجمهورية الصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل سريانها جارياً بعده، وإن كان ذلك لا يطهرها من العيوب الدستورية التي قد تشوبها، ولا يحصنها من الطعن بعدم دستورتها وفقاً لضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بيّناه فيما تقدم، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية التي تصدر في ظل الدستور القائم<sup>(٢)</sup>.

فإذا جاوز رئيس الجمهورية - فيما أصدره من أوامر - نطاق هذه الضرورة، تعين إبطال أوامره.

(١) من بين المخاطر الاقتصادية نقض البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "علياً" دستورية بطلتها المعمدة في ١٩٧١/٣/٦ بأن دستور عام ١٩٧١ "وَلَقَدْ بَنَى الْمَادَّة ١٩١ عِدَّةً مِنْ نَصِّ عَلَى اسْتِمْرَارِ نَفْذِهَا تَجَنُّباً لِحُدُوثِ فِرَاقٍ تَشْرِيعِي يُؤَدِّي إِلَى الْاضْطِرَابِ وَالْفَوْضَى وَالْإِخْلَالِ بِسَيْرِ الْمَرَاتِقِ الْعَامَةِ، وَبِالْعَلَقَاتِ الْأَجْزَاعِيَةِ إِذَا مَقِلَّتْ جَمِيعَ التَّشْرِيعَاتِ الْمَخَالِفَةَ لِلدِّسْتُورِ فُورَ صُدُورِهِ. كَذَلِكَ فَإِنَّ النِّصَّ عَلَى مَجْرَدِ اسْتِمْرَارِ نَفْذِ التَّشْرِيعَاتِ السَّابِقَةِ عَلَى الدِّسْتُورِ، لَا يَطْهَرُهَا مِمَّا قَدْ تَشَوَّبَهَا مِنْ عُيُوبٍ، وَلَا يَحْصِنُهَا ضِدَّ الطَّعْنِ بِحُكْمِ الدِّسْتُورِيَّةِ، شَأْنُهَا فِي ذَلِكَ شَأْنُ التَّشْرِيعَاتِ الَّتِي تُصَدَّرُ فِي ظِلِّ الدِّسْتُورِ الْقَائِمِ. فَلِإِسْبَاحِ مَحْذُولٍ أَنْ تَكُونَ التَّشْرِيعَاتُ الَّتِي صُدِرَتْ قَبْلَ الْعَمَلِ بِالدِّسْتُورِ فِي ظِلِّ نَظْمٍ مِلْهَمِيَّةٍ وَاجْتِمَاعِيَّةٍ وَاقتصادِيَّةٍ مَخْافَةً فِي أَسْئَرِهَا وَأَصُولِهَا وَمِثْلَانِهَا لِلنَّظْمِ الَّتِي اسْتَحْتَجَّتْ، بِنَآئِ عَنْ الرِّقَابَةِ الَّتِي تُخْضَعُ لَهَا التَّشْرِيعَاتُ الصَّادِرَةُ فِي ظِلِّ الدِّسْتُورِ، وَفِي إِطْرَافِ نَظْمِهِ وَأَسْوَلهِ الْمُسْتَحْتَجَّةُ، مَعَ أَنْ رِقَابَةَ دَسْتُورِيَّتِهَا أَوْلَى وَأَوْجِبُ" (إس ٩، ١٠ من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحتى نوفمبر ١٩٧٦).

ونظر أيضاً حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية "علياً" دستورية" الصادر عنها بطلتها المعمدة في ٧ من مايو ١٩٧٧ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٥٨ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

ليراجع كذلك حكماً في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية "علياً" دستورية " ص ١٤٧ من هذه المجموعة.

الفرع الثانيمواجهتها بالقانونرقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التي عرفتها الحياة التشريعية في مصر. وهو يبلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الأوجه الأتى بيانها:

أولاً: أن المصالح التي يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التي نص عليها هذا القانون، وحددها تفصيلاً؛ عريضة في اتساعها، بعيدة في آثارها القانونية. فليس بشرط وفقاً لهذا القانون أن يكون الخطر داهماً -حالاً- ولا أن يكون مفاجئاً. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفي لتحقيق للخطر، ولو كان مداه محدوداً، أو كان خطراً متوقعاً.

ثانياً: لا تنحصر التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقاً جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق يصطفونها، متوسلاً في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو للنظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر في تلك التي يتهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء في مصر كلها أو في أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً ففى صورة حرب أو تهديداً بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كائتجار وباء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطراباً داخلياً أحدثها.

ولا شبهة في أن صور المخاطر التي أشار إليها القانون وعندها، يجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهى بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لصونهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨<sup>(١)</sup>.

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -لما كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -لما كان وجهها- باستقرار الدولة في أمنها وهويتها وسكنتها.

ثالثاً: وإذا يعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره في ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التي ارتأها كافية لإعلانها، والمنطقة الإقليمية التي تشملها الأوامر التي يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

ويلاحظ أن هذا القانون وإن أزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التي أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تفتح به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -في حدود سلطاته التقديرية- زوال المخاطر التي تتخلل بالتدابير الاستثنائية لمعها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ٢/١٤٨ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

### الفرع الثالث

#### انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لسريانها، وكذلك على المدة التي أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما قدر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التي أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو المدة المضافة إليها.

ويتبع إنهاء حالة الاستعجال في هاتين الحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير لنتهاؤها بقوة الدستور، إذا لم يعرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

(١) نشر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية في ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ ثم بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ٥٠ لسنة ١٩٨٢.

### الفرع الرابع

#### خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتنقسم التدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تخطر بالأمّن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصير قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فلن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسعها ويزيد من نطاق الدائرة التي تعمل فيها<sup>(١)</sup>، هو تفويض لرئيس الجمهورية -بغير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من التواعد القانونية والتدابير العملية كغلاً لإزهاق المخاطر التي يواجهها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجوب عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لنقرها أو لترفض الإن بها.

ثالثاً: أن الأوامر -الشفوية أو الكتابية- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يحيطها بتنظيم الحياة بكل أقطارها.

وهي تنقسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحرّياتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصادر على الأخص الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تتنوع هذه الأوامر في صورها؛ وفي محلها؛ وفي الآثار القانونية التي ترتبها.

وقد نصل في قسمتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والإطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال ترويجها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في نطاقها، غير سلطة مفزعة في توحشها؛ خطيرة في عواقبها.

(١) لفترة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم في الاجتماع والتنقل؛ ومن إقامتهم في أماكن بذواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها في زمن دون آخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تقييد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد أوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على المنقول أو العقار؛ وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية؛ وأن يوجب الوفاء بالدين التي تمتحق على الأموال المستولى عليها، أو التي تفرض الحراسة في شأنها.

د. وقد يصدر في شأن ترخيص الأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلافتها، أوامر بمسحبها وبسليمها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يصون الأمن أو النظام العام من خلال الأوامر التي يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨- حتى لا يختل أو ينفطر<sup>(١)</sup>؛ إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها -لرئاستاً إلى هاتين المصلحتين- لها من اتساعها ما يؤذن بانفلاتها من كوابحها؛ ومن الانفراد بها ما يجطها قريبة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، قلما تصحبها إلا بعد تنفيذها، ومن خلال الحق في التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون التقضاؤه متراجهاً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينيبه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجسلاً. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بتمامها إلى من فوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولاً من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسؤوليته السياسية في مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن اللوات المملحة -وكذلك الشرطة- وهي هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور- تتوليان تنفيذ الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية؛ وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفة

(١) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لمصون الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التي يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم الدليل على عكسها<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تفويض لاقتراض للبراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بغير حكم يكون باتاً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وينسبها إلى شخص معين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً: أن كل مخالفة للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هي المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقضى بها القوانين المعمول بها، وبشرط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة يجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية سيما لا يخل بهذا الحد الأقصى - ببيان قدر العقوبة التي يستسبها لكل مخالفة حددتها الأوامر التي أصدرها.

وهي سلطة خطيرة يسيبها إطلاقها من القيود، وعدوانها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الغلو فيها بما ينافي ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول في شيء من ذلك، وإنما ينفرد رئيس الجمهورية في حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التي أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، انتقالاً يكاد أن يكون كاملاً.

### الفرع الخامس

#### تقييم حالة الاستعجال

٥٥٦- لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

(١) مادة ٤ من القانون.

(٢) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تتضمنها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية -وعلا بنص المادة ٥ من القانون- على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها، فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعماء، إلى سلطة دائمة تبلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزاً كل منطق.

وما نشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التي يفرضها البرلمان في شأن حالة الاستعجال ومنتهى، هي رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية في حقيقتها.

ذلك أن الأصل في المخاطر التي تواجهها حالة الاستعجال، هو طولها لا تراخيها، وإنزارها بمصالح عريضة في جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل في الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها في تقرير مسئولية رئيس الجمهورية -سياسياً- عن الأوامر التي أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتسلط عليها. فلا تكين إلا لها، لتحملها يوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تفعل أكثر من دعم رئيس الجمهورية في موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التي أصدرها، ومن نوع الجرائم التي أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التي اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع افتراض فعاليتها- تكون غائبة تماماً خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية وأول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا يبسط المشرع نطاق التدابير التي يخولها لرئيس الجمهورية وقت سريان حالة الطوارئ بما يحتم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها متطلباتها المنطقية. فقد تبين أن تكون معقولة هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة الملحة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال تقوم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

أولاً: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة مدتها يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خاصة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التي نقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية في طبيعتها، مترامية في آثارها.



**ثالثياً:** أن حق رئيس الجمهورية في أن يحيل جرائم القانون العام، إلى محاكم أمن الدولة - الاستثنائية في تشكيلها وإجراءاتها ومصير أحكامها - ينقض حق مرتكبيها في المثل أمام قاضيه الطبيعي. وهو قاض لا يعد في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد مسلفاً أنواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهيناً أكثر من غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها - لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على ضوء طبيعة هذه القضايا وما يلابسها من أوضاع تخصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعة وتلك الأوضاع، عصباً موضوعياً فيها يميزها عن غيرها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قيداً على السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فمواه. في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا تعين إبطال كل قانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل في جرائم القانون العام، أن تكون المحاكم المدنية هي قاضيوها الطبيعي. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانباً من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولة لتفصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التي تقوم على وحدة مكوناتها. والتي تقتض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاء عليهم.

#### وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<>إن الناس جميعهم لا يمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضائاتها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. وإنما تكون للحقوق عنها قواعد موحدة في مجال طلبها؛ وتحصيلها؛ والطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن أعمال هذه القواعد، بما يطلها لفرق من بينهم أو يفيدها<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في مفهوم القاضي الطبيعي - القضائية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٩٥/٨/٥ - قاعدة

رقم ٧ - ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.

(٢) الحكم السابق من ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تحويل رئيس الجمهورية إلى المناطق الخاضعة لنظام قضائي خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها يحددها - سلطة إسناد الفصل فيها إلى دوائر أمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تقيدها بالقواعد الإجرائية التي نص عليها رئيس الجمهورية في أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين أرسنهما المحكمة الدستورية العليا.

لولاها: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التي تختص أصلاً بالفصل فيها، وإسناد نظرها إلى محاكم أمن الدولة التي ليس لها ضماناتها، يعتبر تدخلاً في شئون السلطة القضائية التي تقتض بيدا على القضايا التي تدخل في اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً داخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تقتحم نفسها فيه<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن التنظيم الإجرائي للخصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التي تصاغ الخصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقيم قيداً جوهرياً على حرية المشرع في اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الخصومة القضائية، وذلك بنصها على أن تعدد الأشكال التي يقتضيها إنفاذ حق التقاضي، لا يجوز أن يخل بأية ضمانات جوهريّة تمثل إطاراً حيوياً لمسور الحقوق على اختلافها، بما يرد العلون عنها من خلال قواعد قانونية يكون إصافها حالاً دون تحيفها على أحد<sup>(٢)</sup>.

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للخصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية في أية خصومة قضائية -ولو من خلال إعادة توزيعها للقضايا- لتفصل فيها جهة غير التي تختص أصلاً بنظرها؛ تكملها قاعدة ثالثة مؤداها أن كل خصومة قضائية لا تفصل فيها غير قاضيه الطبيعي، ولو كان هذا الفصل واقعاً في إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من القواعد الأولية التي فرضتها الأمم المتحدة في تواصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيد به نفسها من الضوابط التي تلتزمها في سلوكها، فلا يكون إدارها أو التخلي عنها، مقبولاً.

(١) و(٢) دستورية طيا-القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جملة ٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم

١٤- ص ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة في أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تنبو بخصائصها هذه، عن مفهوم للقاضي الطبيعي.

ذلك أن أعضائها لا يمثلون إلا السلطة التي يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تعليماتها. وهي سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل في أية مخالفة يرتكبها مدنيون للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك. عدوانا خطيراً على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداة لن تصير السلطة التنفيذية شريكاً في أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحويل بنيتها.

وما يقال من أن هذا التصديق يتداخل في العمل القضائي، وتلحقه بالتالي الصفة القضائية لهذا العمل<sup>(١)</sup>؛ مردود بأن العناصر التي تتدخل مع بعضها، تفرض توافقها فيما بينها بما يجعل انتلافها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاها رئيس الجمهورية أصلاً، والتي لا تنتظم خصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلاً بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفاً، في خصوصية محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامساً : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهورية عند عرض الحكم عليه أن يبدل العقوبة المقررة بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقوفاً لتنفيذها؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستورياً من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجهض حكماً قضائياً قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إهواء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل اكتمال تنفيذه؛

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية "دستورية" الصادر عليها في جلستها المعقودة في ١٩٨١/٢/٧ المنشور في ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها- أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لقراراتها لا يعيها، وإنما يتداخل في عمل اللجنة القضائية وتلحقه لزوماً الصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحور بديان العناصر التي قام عليها؛ ولا أن تعيد تشكيلها في صورة جديدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر في رتبها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيل بنفسها ما اعتراه من غموض؛ ولا أن تترض فهمها على فواء. شأن السلطة التنفيذية في ذلك، شأن السلطة التشريعية التي كفل الدستور استقلال السلطة القضائية في موجهتها؛ وحظر تدخل إحداهما في شأنها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حجبها، فلا تسقطها السلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها<sup>(١)</sup>.

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

>>على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الآثار التي رتبها، ولا أن يحل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها لرد عدوان على حقوقهم أو حرياتهم. كذلك لا تقل حيدتها شأنًا عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان في صون رسالتها، بما يؤكد تكاملهما<sup>(٢)</sup><<.

سلامة: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداه أن لرئيس الجمهورية أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يبيتها أو يلغيها أو يحلها أو يحتمدها، كل ذلك في إطار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة يصير بها خصماً وحكماً في شأن الأوامر التي أصدرها.

فالمخالفون لهذه الأوامر يقدمون إلى محاكم أمن الدولة بدرجتها الجزئية والعالية. وهي تفصل في جرائمهم بما لا يخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التي نص عليها قانون حالة الطوارئ، وأنها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويله لبنيانها من خلال مباشرته لسلطة التصديق التي لا تجرد فيها، علي تقدير أن المصدق يحتبر طرفاً في الأوامر المنتظم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما يناقض المادتين ١٦٥ و ١٦٦ من

(١) "مستورية عليا" -طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- ص ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٩- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- ص ٧٦٩ و ٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تقرضان في العمل القضائي ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء النفس أو عثراتها.

٥٦٠- ويظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالنوايا الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإنما النصوص التي احتواها -في مضمونها وإثراها القانونية- هي التي يجب تقييمها من منظور اتفاتها لمختلفها مع الدستور.

مباعدة: ليس ثمة قانون إلحاح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التي نراها قائمة في مصر حتى اليوم لا تفارقها في إيلها وضحاها، وكان مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور على عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ في مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية في آن ولحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد الدولة ذاتها، سواء في وجودها أو تواصل بقائها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تنجم عنها مخاطر لها بأمرها، وتتازم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر في طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير الكافية لتخطوها<sup>(١)</sup>.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تتهدد بها المصالح القومية. وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهية<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وشبهه بها قانون كندي يعرف حالة الاستعجال على النحو الآتي:

L'état d'urgence est une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale.

(٢) "مستورية عليا" المطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية تفسير -قاعدة رقم ١- ص ٦٧؛ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### الفرع السادس

#### موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر -التي لا انقطاع في تواصل حلقاتها- فهل تنطبق شريعتها والمفاهيم السائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال -ركائزها الأصل في الأوضاع التي نعيشها، لا الاستثناء منها، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن للدول أطرافها- إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها<sup>(١)</sup>، The life of the nation أن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تدابير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً؛ وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation وبمراعاة ألا تخل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دفعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في مبداء على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس<sup>(٢)</sup>.

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها -في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة شعبها- الخروج على

(١) لا تنال حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم ينص الدستور عليها، إلا أن القضاء يقول بإندراجها ضمن قواعد. وهي تخول للبرلمان سلطات واسعة يتدخل بها في اختصاصات المجالس التشريعية للمقاطعات. ويفسرون ذلك بأن المصالح الذاتية للمقاطعات، تنقلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية

Gerald - A - Beaudoin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991, p.138.

(٢) ووفق على هذه الاتفاقية، وفتح للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 A (XXI) في ١٢/١٢/١٩٦٦ ويلاحظ أن الفترة الثانية من المادة الرابعة منها تنص بأن طروء الأخطار المشار إليها في فقرتها الأولى لا يجيز الخروج على أحكام المواد ٦ ، ٧ ، ٨ منها. وهي في مجملها تتعلق بحق الإنسان في الحياة، وبامتناع تنفيذ عقوبة الإعدام -في الدول التي تميزها- في غير أكثر الجرائم خطورة؛ وحظر تنفيذها على الحوامل؛ وعدم جواز توقيعها على من هم دون الثامنة عشرة؛ وكذلك حظر الإبادة الجماعية العرقية؛ أو فرض عقوبة أو معاملة قسسية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تعذيبه واسترقاقه، وأشكال التعامل في الأشخاص طسبى اختلافا Slave- Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية؛ إلا أن هذه الاتفاقية تلزمها بالأخذ في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ٢/٤ و ٧ التي تمنعها من استبعاد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعي، أو إهدار الحق في الحياة، ما لم يكن إزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما مؤداه أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الخطر ملحقاً، فإن ثمة قيوداً لا يجوز أن تسقطها السلطة التنفيذية في مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد امتيازاتها في الأوضاع الاستثنائية التي تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيوداً مماثلة على السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها في زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع للطائرة التي تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج على أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تنقض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، التزاماتها الأخرى التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعي.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق في الشخصية القانونية والحق في الحياة؛ وفي التحرر من الرق؛ وفي سريان القوانين الجنائية بأثر مباشر؛ والحق في اعتناق أية عقيدة؛ وفي تكوين أسرة؛ والحق في الاسم؛ وحقوق الطفل؛ والحق في الجنسية؛ والحق في الإسهام في العمل العام؛ والحق في الانتفاع بكل ضمانات قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها<sup>(١)</sup>.

### الفرع السابع

اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية

#### بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيراً أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ سجد تعديلها بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- وإن خولت رئيس الجمهورية متى أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلى القضاء العسكري أياً من الجرائم التي

(١) هذه الحقوق منصوص عليها في المواد ٢٣، ٢٠، ١٩، ١٨، ١٧، ١٦، ١٥، ١٤، ١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧، ٦، ٥، ٤، ٣، ٢، ١ من الاتفاقية.

يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً- قد قررت أن ما قصده للقانون بتلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديداً مجرداً، أم كانت معنية بنواتها بعد ارتكابها فعلاً<sup>(١)</sup>؛ إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلاً في اتفاق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل اقتصر نطاق هذا القرار على تحديد ما توخاه المشرع منها على ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي قارنتها.

ويتحدد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد على النحو المتقدم، بفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، مؤداه جواز أن يحيل رئيس الجمهورية كافة الجرائم بما فيها جرائم القانون العام -إلى قضاء استثنائي بطبيعته لا يتوافر فيه ضمانات الحيدة والاستقلال، ولا القواعد المنصفة التي تتم على ضوئها محاكمة المتهمين المائلين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إنباد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم؛ غير خروج مباشر على نص المادة ٦٨ من الدستور التي تخول الناس جميعهم، حق اللجوء إلى قاضيتهم الطبيعي..

(١) -دستورية عليا- الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" قاعدة رقم ١٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.



### المبحث الرابع

#### ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة للوطاة Dire، أصيلة Genuine في ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge في مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها بالنظر إلى عنصر المداومة فيها، وعمق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة التي تقصر فرصها سواء في طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كيانها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالي أن تأخذ جهة الرقابة على الدستورية في تقييمها لهذه الحالة، بمعيار حد التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه المخاطر التي تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئي يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر في حقيقتها، وخصائصها، ومدادها.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض في هذا التقدير المبدئي -بمحصريه- أن يكون منطقياً. وهو يكون كذلك إذا كان واقعاً في حدود تقتضيها ضرورة رد هذه المخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا التقدير قائماً على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعي مبني على حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا في كل تفصيلاتها- وإنما في العريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملامحها، وإمراعاة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، تفترض وجوداً واقعياً لعناصرها؛ وتقديراً متوازناً لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دول حياتها المنظمة. ويفترض ذلك تعاطف هذه المخاطر، وإحداقها، وعمق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، ما يكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلى سلطة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخاطر قائمة يكون دفعها بالوسائل القانونية المعتادة كافيا. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاستثنائية في أمثيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تزيد وطنها عما يكون من صور الحظر مألوا أو متدركا<sup>(١)</sup>.

(١) انظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligations in International treaties.

International - وقد نشرت هذه المقالة في الصفحات من ١ إلى ١٧ من الكتاب السنوي لحقوق الإنسان الصادر عن: Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993, Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of Egypt) Edited by P.H. Parekh.

### الفصل الثالث

#### سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها

##### المبحث الأول

##### خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تنز. ولكنها تأكل الأخضر واليابس. تكفر بنتائجها وجود، وتملو جباه. وليس مثل أهوالها شيء. ذلك أن دائرة التدمير التي تشملها غير متناهية، سواء كان التدمير نفسياً أو مادياً. والحقوق التي تهدرها، والدماء التي تريقها لا ينقصان عن آثارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائماً في جانبها.

وكثيراً ما يكون الدخول فيها تعالياً بالقوة في غطرستها؛ واستصحاباً من بعض الدول لأهوائها في فرض كلمتها على الآخرين. فلا تكون حروبها غير تعبير عن نزواتها وإنكار للحق في الحياة، وكأنها من خلقها.

ولأن للحرب آثاراً خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعني القبول بشرورها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسارتها مؤداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبط شنها بالسلطة التي حولها الدستور هذه الولاية.

ونفصح الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحرب، عن أن الدول تنقسم في ذلك إلى عدة فرق: إحداها: أن رئيس الجمهورية هو الأكر والأكثر على تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل قرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيها: حق هذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، على تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودماء أبنائها، لا يجوز أن ينفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفرداً كل تكبير يراه ضرورياً لمواجهه هجمة مفاجئة على بلده. ولرئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفرداً إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك أن حالة الحرب حالة واقعية يتعين أن يوجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمة<sup>(١)</sup>. فلا تبقى

(١) The Prize Cases, 2B1. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغير رد.

وتحرص ثالثها: على أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين الممثلين التشريعية والتنفيذية علي شأنها، توخيا للحصول علي أكبر قدر من الإجماع علي تحمل مسئوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعهد رابعها: بهذا الاختصاص -عربي الأكل في الدول الفيدرالية- إلي مجلس الشيوخ بها، علي تقدير أنه أقل عددا من مجلس النواب، وأكثر حكمة. ولأن الولايات غالبا ما تكون معقدة فيه بصورة متكافئة بما يريعي مصالحها.

٥٦٥- وفي مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، على أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يعلن الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالي التي تخول الكونجرس. كذلك، تكوين الجيوش ودعمها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد علي سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم المياشيا ويسلحها ويعمل علي ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ويسحق كل عصيان أو تمرد. وسلطته في ذلك عريضة في اتساعها إلي حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للدستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتنظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما نراه من القوانين الملائمة والضرورية (١) The proper and necessary clause.

(٢) M.Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وقد دافعت أصوات قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كان يجب أن يعهد به الي رئيس الجمهورية الذي لن يشن حرباً إلا إذا كانت الأمة تؤيده فيها.

### المبحث الثاني

#### الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- وأياً كانت الجهة التي اختصها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التي يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهيأ لجيوشها على اختلافها، أكثر الوسائل القتالية كفاءة؛ وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التي أفرزتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولاً إلى حكمتها وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تشمل في أعطافها وبالضرورة- حق الاستغفار بما يحول دون تجدد القتال<sup>(١)</sup>؛ وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتباراً من بندها وحتى انتهائها. وإنما كذلك لتعويض المضرورين عما نالهم من نتائجها بعد انتهاء القتال.

ذلك أن إعلان الدولة حرباً على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التي يندرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتكبير يؤثر في عملياتها، ويوجهها. فلا ينحصر مداها في سحق الغزاة والمتمردين، ولا في ردعهم عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تنسج سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها؛ بما في ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسليحها، وصون معداتها القتالية وتطويرها، وضمان تكفيها في توقيعاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية في ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لأثارها.

ويتصل بضرورة التجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تلح عن حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلي الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلى ما طرأ من تطور خطير على صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية على إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحملها قبل أن تصل أهدافها؛ وتعد وسائل الدفاع جواً، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإذ تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجرأتهم وحزمهم وثباتهم وهندس

(١) Stewart v. Kahn, 11 Wall. (78 U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم في التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر في مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم Skill؛ وطريقة أدائهم لواجباتهم، Performance؛ وسرعتهم في اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجرائتهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطاً لاستخدامهم.

لا تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هي التي تقدم بعضهم على بعض، وهي التي تتوافر بها عناصر التقدّر التي يتفاضل بها بعض المتزاحمين على الوظيفة على بعض، ليكون مناهل أولويتهم في شغلها، تتوقع Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness وتأهبهم Preparedness وصلابتهم Strength ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفاً للمستور.

٥٦٧- ويظل ثابتاً أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق وأوثقها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجعها، فلا يكون التقابل بين قوتين غير تقدير لعناصر التوازن أو التفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استفحالها، والتعبير عنها من خلال حسب هجومية أو دفاعية.

وعليها بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تنتهي لمواجهتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكفل لها المنعة والغلبة. ويندرج تحته، تسييدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمنان تواصل خطوطها، وتوافر بدائلها؛ والعمل على استثمار الطاقة النووية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية على سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز مياه الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التعليمية وتحديثها؛ واتخاذ علوم الفضاء، وحفز المواطنين على الإقبال عليها. ذلك أن للدول جميعها حقاً رئيسياً في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

### المبحث الثالث

#### الأفراد التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالي بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التي تمليها الأوضاع الحربية، كفرض قيود على الأسعار وأجور المساكن، وتقليص الوسائل الإجرائية التي ينازع الأفراد من خلالها في مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض في كل مواطن أن يقبل في خضم الحرب الشاملة التي يعايشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعباً لا تقل عن تلك التي ينوء الجنود بها في حومة الوعى، والتي قد يفقدون حياتهم بسببها<sup>(١)</sup>، بل إن سلطة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة<sup>(٢)</sup>.

ولا مخالفه في القيود التي تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للمستور، بشرط ارتباطها عقلاً بأهدافها.

فالذين يستثرون الجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين يهاضمون الأعمال الحربية وينادون بوقفها، إنما يؤثرون بأقوالهم التي يروجونها في عضد المقاتلين، فلا يصحها المستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلى إعاقته الأعمال الحربية، وتقويضها عزيمة المحاربين<sup>(٣)</sup>.

ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا تظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التي أُنشئ بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائياً، وكان مشوباً بالفضوض بما يجهل بأحكامه، فلا يفقهها أوساط الناس، ولا يفقون بالتالي على دلالتها. بل يتخبطون في فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تختلط بأفعال لا شبهة في مشروعيتها، بما يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو تدرع المشرع بأن حرباً قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا في نطاق الضرورة التي أملتها. ذلك إن حقوق المواطنين وحياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

(١) Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co., 251 U.S. 146 (1919); Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) Fila Fiallo v. Bell, 340 U.S. 787 (1977).

(٣) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919); Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها<sup>(١)</sup>، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إيقاع عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولوعن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن موافقهم إلى دائرة الاتهام في غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يقود من حريتهم دون مقتض. ولا يجوز كذلك حتى في الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفي الدول الفيدرالية، يتعين للتمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقطعة من اختصاصاتها التي كانت تبأثرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشؤون المحلية التي تدخل أملا في اختصاص ولاياتها - كل في نطاق إقليمها - من جهة ثانية.

ذلك أن تولى الحكومة المركزية للشؤون القومية التي تتفرد بتصرفها؛ وتنهض وحدها على مسؤوليتها؛ وتنظمها بتشريعاتها، دون الشؤون المحلية التي تتفرد بها ولاياتها، مردد أن هذين النوعين من الشؤون مختلفان مصدرا، وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تبأثر من الحقوق غير تلك التي عدتها نصوص الدستور الفيدرالي واختصتها بها Enumerated rights بصريح لفظها؛ وكذلك ما يندرج ضمنا Implied rights في إطار اختصاصاتها المصرح لها بها، مما يكون ملائما وضروريا لإعمال مقتضاها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشؤون المحلية التي ما كان للحكومة المركزية أن تبأثر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالي قد اقتطعها من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كأثر لانضمامها إلى بعضها البعض، في إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشؤون القومية التي ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هي التي تحفظ للدولة الفيدرالية تمامها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

(١) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر في ذلك:

Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)



ومن ثم كان منطقياً أن تتفرد الحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة فسي الشؤون الخارجية. وهى حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجروح إلى السلم؛ وإسرام أية معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ واستتاع تدخلها فى شئونها.

وهذه الشؤون القومية التى تظل حقا منفردا للحكومة المركزية، لا تتلقاها عن الدستور الفيدرالى، ولكنها تتفرد بتصريفها بالنظر إلى تعلقها بالسيادة الخارجية التى تملكها وتحيط بها، ولو لم يعهد الدستور الفيدرالى لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية فى هذا النطاق تماثل فى طبيعتها- الحقوق المقررة لغيرها من الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية. وهى ترتكز فى مصدرها- إلى قواعد قانون الأمم The Law of Nations التى تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذا كان ما يتعلق بالشؤون القومية، إما يدخل فى الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فلن إعلانها حرباً على غيرها من الدول، وإن كان شأنها قوميًا تتولاه بغير نص فى الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها فى ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقيدها؛ موداه لتزاعها جانباً من اختصاص ولاياتها فى الحدود التى يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

#### ٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطانها أمران على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التهاون فيه. وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير -سما فى ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التى تعينها على بلوغ قواتها المسلحة غاية الكمال فى تنظيمها وضبطها وتجهيزها للقتال حتى لا تتعرض خطاها، أو تفتل قدراتها. ولا يخل ذلك بحقها فى دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعتبر تابعا للحق فى تنظيم جيوشها وإعدادها كي تكون أعز نفراء وأمتن عدة، وأفضل تدريبا، وأشد شجوة.

ولا يجوز بالتالى أن يتقاعس المواطنون عن الانخراط فيها وفقا للقانون. وإنما يلزمون جميعهم بالالتحاق بها إذا توافرت فيهم شروط انخراطهم فيها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض التجنيد عليهم، حق أبائهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإثرائهم عليها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن المجندين يتساوون في أهليتهم وتكاتفهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو المسخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والمسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجريدها من سلطاتها الحيوية التي ترد بها العدوان عن إقليمها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها ولجهم في الدفاع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه الخدمة استثنائية في طبيعتها<sup>(٢)</sup>.

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا على المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجه للاعتراض على خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالمسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها.

Conscientious Objectors

ذلك أن ولجهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من المستوى A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول -وهو صحيح- بأن اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعها عن المدنيين- عريض الاتساع شديد المرونة<sup>(٣)</sup>، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتمويلا وتمويلا .

<sup>(١)</sup> نظرت بعض الولايات في أمريكا إلى التجنيد الإجباري باعتباره منطويا على نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلى الخدمة بالمخالفة للتحويل الثالث عشر للدستور الأمريكي الذي يقضي بأنه لايجوز استبعاد أو فرض ارتفاق على أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا على جريمة حوكم الشخص عليها وفقا للقانون.

نظر في ذلك ص ٣١٣ من مؤلف عنوانه دستور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحثية- مكتبة الكونجرس -واشنطن طبعة ١٩٩٦.

<sup>(٢)</sup> Butler V.Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة أقرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قانونا يحظر على المطلوبين التجنيد تمزيق بطاقات استدعائهم للخدمة.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

<sup>(٣)</sup> Parker V.Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين علي أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية -التي نقر تشريعاتها وفق السياسة التي ترتأياها- أن تتسامح مع الذين ينفرون من القتال عقيدة -لا تخذلا- على تقدير أن ذلك من الرخص التي تملكها في حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الأخلاقية<sup>(١)</sup> أو تدعوهم إلي عصيان الأوامر<sup>(٢)</sup>.

ولها فضلا عما تقدم- أن تمنعهم من التظاهر أو الدفاع في وحداتهم عن مذهبهم السياسي<sup>(٣)</sup>؛ وأن تحدد كذلك سن الأشخاص الذين يقبلون في الخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

وإحالة جهة الرقابة علي الدستورية إلي حسن تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعته إلي الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقصر الخدمة العسكرية علي الرجال دون النساء بالنظر إلي الطبيعة الخاصة والمتفردة للنظم العسكرية، التي لا يعينها غير ضبط للنظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزمها وضمان تماسكها خلقيا ومعنويا وماديا.

ثانيهما: أن ضرور الأعمال الحربية وولاياتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تتراخي أحيانا -وبالنظر إلي تطور مخاطر الأعمال الحربية في محيطاتها المعاصرة- لسنين عديدة بعد انتهائها.

وهي تلحق بالتنمية الداخلية على الأخص، أضرارا عميقة إزاء توجيه الموارد جميعها -ما كان منها ماديا أو بشريا- للمجهود الحربي، سواء وقت التمهيد للأعمال الحربية أم بعد بدايتها وحتى نهايتها.

ولو جاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كلفة الجراح التي تكأثها الأعمال الحربية -لسنين عديدة بعد انتهائها- وأن تلجأ في ذلك إلي الحقوق المفروطة في مداها، والتي تخولها إياها سلطاتها في الحرب -هي غامضة في ماهيتها، وتخومها، أو الدائرة الحقيقية التي تعمل فيها- لصار بوسعها أن تبثّر سلطة استثنائية في طبيعتها في غير الأحوال التي رصدتها الدستور عليها، استثمارا منها لهذه السلطة في غير موجباتها؛

(١) Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).

(٢) Porker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

(٣) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

ولقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يناقض الأغراض المقصودة منه<sup>(١)</sup>.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركون من جانبها لسلطانها الاستثنائية التي خولتها إياها حربا خاضها الوطن وانطفاً لهبها.

ولأن تحكمها في هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التي لا تزال متقدة جذوتها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تتأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا تزنها بالقسط، وإنما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما في ذلك تساهلها في تقييم مشروعية القيود التي فرضتها على مواطنيها، ولو تحقق ذلك في الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطتها التشريعية المركزية، جانباً من الحقوق التي يدخل تنظيمها أصلاً في اختصاص ولايتها.

وبعيداً عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة القضائية عن الدستورية، كثيراً ما تسترد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حرباً تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالحقوق في مباشرة هذه الجهة القضائية لولايتها، وإما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدبير غير مألوفة لها؛ وإما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأكر على تقييم ملائمة هذه التدابير؛ وإما بناء على هذه العوامل جميعها.

٥٧٠ - ويتعين بالتالي أن نوازن بين امرين :

أولهما: أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا تتفاقم.

ثانيهما: أن تنظيم الأعمال الحربية في بننها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإقائهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأناً قومياً، إلا أن استعمال الهيئة النيابية لسلطانها الاستثنائية - التي لا تملكها أصلاً إلا في خضم حروبها وبمناسبتها - لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبياً، حتى لا تؤول سلطاتها

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Jackson في قضية:

Woods v. Cloyd W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تقسطن بها على مواطنيها، وتقيد بها حرياتهم، فلا ينفكون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن الدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لعلاجها من جهة؛ وإلى نوع ونطاق التدابير التي اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية؛ وأن تمحص بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تسريحهم، فلما تتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تنهيا لهم أماكن يستظلون بها ويفترون إليها لإيوائهم فيها.

فإذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، ولضمان سكناهم، كان ذلك شأنًا وثيق الصلة بالسلمة القومية في أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضرورة صونها من المخاطر الخارجية التي تهددها، والتي قد تعجز الدولة أحيانا عن مواجهتها، بفرض إعلانها حربا على الطامعين فيها، بعد أن تعد لها القوة التي تستطيعها لإرهابهم وإزهاق باطلهم.

وللسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التي تعيد الحكومة على ضوئها، للنظر في العقود التي أبرمها المتعاقبون معها، من أجل تزويد الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقطع من أرباحهم التي حققتها هذه العقود، ما يزيد على معدلاتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان من اختصاصها أن توفر لقواتها المعالحة ضروراتها التي تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضرورية والملائمة. فلا يتخذ المتعاقبون مع الدولة من الحرب التي أعلنتها، طريقا إلى الانتهاز للحصول بمسبها على غنائم طائلة لا مبرر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة في إعادة النظر في تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تقيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحقق أغراضها؛ ويكفل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التي تتمتع الهيئة النيابية في نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تخولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقصدها.

كذلك فإن سلطة الحكومة في استرداد الأرباح المغالى فيها التي حصل عليها، أو التي سيجنيها المتعاقبون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بمسبها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هي انتزاع للملكية الخاصة لغرض عام بخير الوسائل القانونية

السلمية؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شديداً بسلطانها في التدخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد ألقاصها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقضيها على الدخول المرتفعة إلى حد لقطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل<sup>(١)</sup>.

٥٧١- والسلطة التشريعية -يرحم مسؤوليتها عن صون المصالح القومية لبلدها زمن الحرب- أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأماكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفر لأصحابها عائداً معقولاً لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالاً منها بشرط الوسائل للقانونية السلمية<sup>(٢)</sup>.

وكما كان الجزاء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جانباً، فإن تشريعاتها المقررة لهذا الجزاء، يتعين أن تصاغ بما لا يجعل مضمونها، أو يشير الغموض حول حقيقة نواهجها. ولا يكفي بالتالي أن ينص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مخالفة فيها. ذلك أن حد المخالفة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاهما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأفعال التي أثمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصافها.

وفيما يتعلق بالسلع التي تنتم بقلة المعروض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقاً للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفوض رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفاً للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطانها الاستثنائية العريضة في اتساعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطانها التقديرية التي تكفل بها لأمتها ألق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطانها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطانها البللمية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الخلقية.

ويتعين بالتالي استنهاض كل قربة تؤيد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سريانها بعد انتهاء الأعمال العدائية.

(١) Renogitation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.

(٢) Woods v. Cloyd W. Miller Co., 333 U.S. 138 (1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي يلتزم مواطنوها بها - في نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، وبلوغ الأغراض المقصودة منها- قد يقتضيها منعه من التجول في مناطق بنواتها أو إجلائهم عنها<sup>(١)</sup>.

فلا يدخلونها، أو يقربونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يعلمون أو كان ينبغي عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبالتدابير الاستثنائية التي تحيطها<sup>(٢)</sup>.

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين في بعض المناطق أو إجلائهم عنها، لا يخول السلطة التشريعية ولا التنفيذية، أن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر في شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمروق عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو ولفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم- يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السلمية التي يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم في التنقل والعمل، وإخلالا بافتراض براعتهم، فلا يكون الإخراج عنهم إلا حقا دستوريا.

(١) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل ياباني *Of Japanese ancestry* من التجول في سواحلها الغربية. ورغم أن المحكمة الفيدرالية العليا أبدت هذا الحظر، إلا أن قضائها *Roberts, Murphy, Jackson*, اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، ولأنه يقيم تمييزا عنصريا لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل ياباني - من الحماية القانونية المكافئة للعصاوص عليها في التحديد الخامس للدستور. وهو كذلك يمنعهم من العمل والفتون في الأمكن التي يختارونها، ومن التحرك بحرية في وطنهم الأمريكي. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السلمية التي يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم في شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت لاحتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة توطينهم وذلك في قضية *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

(٢) يحدد قادة الجيوش عادة - كل في نطاق سلطته الميدانية- المناطق المحظور التجول فيها أو التي يخلو المواطنون منها. وقد يحددوا رئيس الجمهورية - بصفته قائد أعلى للقوات المسلحة- أو يحددوا وزير الدفاع إذا فوض في ذلك.

### المبحث الرابع

#### اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -وباعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالكيفية التي يقر ملاءمتها لتحقيق أهدافها، من إرهاب الغزاة ومطاردة قلوبهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراءها.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التي يبطش بها إرهابا لأعداء بلده، ولحصار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخفية، وللحصول على كافة الحقائق عن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركاتها وخططها التي أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم وانحرافاتهم. وسلطته في ذلك واسعة تصل إلى حد عزله لقادة جنده وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التي تنجيها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حسدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا داخلا في ولايتها.

وما تقرره أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محل تقدير رئيس الجمهورية في التدابير التي اتخذها، ولا أن تتناقص حكمتها، ولا أن تعارض حريته في المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأفضلها لدعم للمجهود الحربي؛ لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحرياته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفریط فيها حتى في زمن الحرب. والقول بأن حوائج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضى انتزاع المواطنين من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم في غير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرها من صور التمييز بين المواطنين التي لا يجوز القبول بها- وحصر عنها إصنافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة الجيوش فيما يتخذونه من تدابير.



ولا يجوز بالتالي أن تترك السلطة القضائية في اعتمادها لهذه التدابير -رأى هو على موالها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تتناقص صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد في مجموعها، بأن ثمة قواعد جوهرية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يواجهون هذه الأعمال كثيراً ما تخفوا وراءها إسماء استعمال سلطانهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان في كثير من صورته، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالي إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تمتنعها الأعمال الحربية.

فإذا لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل ألقمها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتخرج عن الدائرة التي رسدها الدستور إطاراً لها، فإن إبطالها لمخالفتها الدستور، يكون واجباً.

٥٧٣- ويظل ثابتاً أن الحرب بسلطانها الاستثنائية، عارض بطلاً على الدولة. وعليها بالتالي أن تنفذ في مباشرتها لسلطانها هذه، بالضرورة التي أملت، حتى لا تتحول سلطاتها المرضية المقيدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة منفلتة ضوابطها.

ويتعين دائماً أن يؤخذ في الاعتبار أن الاستاتير بوجه عام حرفي إطار فقها في حسن تقدير السلطين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التي تهدد الوطن -تمتحان هاتين السلطين حرية كبيرة في مجال تقييم المخاطر في أصلها ومداها، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التي يتخذونها لمواجهة هذه المخاطر، أنسبها لإجهاضها أو الحد من تفاقمها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن سلطة الدولة في اتخاذ هذه التدابير، لا تنفصل عن واجبها في العمل بكل طاقاتها على صون وجودها. ولها في هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضرورياً<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز لها بالتالي في غير الحرب الفعلية -كالجرب الباردة- أن تعتك أفراداً لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة في منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين التنازع للحق فيه، وبين حريتهم في التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التي يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته الدستور، خاصة إذا

(١) Parker V. Levy, 417 U.S. 733, 758 (1974).

(٢) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الاتساع، ليشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامة التي يروجونها، ويعملون على تحطيم الدولة من خلالها؛ وغيرهم ممن يعتنقون أفكارا تعارضها، ولا يعادونها أو يهدونها.

### المبحث الخامس

#### تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحاً أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتضام بينهما، حرباً على دولة أخرى، ليس مجرد إقصاح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وقتها وضمناً لشنها وتوجيهها بوسائل مقكرة، وبالطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالي بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين في زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، ولأن أوجه الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضي معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وأية ذلك أن بعض صور التمييز التي تعتبر منها زمن السلم لمخالفتها للدستور؛ هي ذاتها التي تعتمد - أحياناً - جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضتها الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا التبرأ اليقظة أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين في الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها في ذلك، أن هذا القانون، توخى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون الشواطئ الغربية للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متناسباً مع الخطر المائل، شأه في ذلك شأن غيره من القوانين التي تفرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التي تفرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية في زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توخيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية<sup>(١)</sup>.

(١) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا في هذا الموضوع منقذ، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عداوة من اليابان على الساحل الغربي للولايات المتحدة الأمريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تغيد تنقلاتهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق محبة لتحدها. فضلاً عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتطوّر بمن يذانون منهم الحكومة أو يهدونها.

وفي ذلك يقول Laurence H. Tribe أن الفطرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة في مداها - وخاصة أثناء الحرب ذاتها - هي التي تقدم في النهاية، أكثر الدعايم قوة للرقابة الصارمة التي تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها على تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها في تكرير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية حين يكون يوسعها أن تنبها إلى ضرورة النزول عليها، فإن الأكل احتمالاً هو أن تكبح السلطة التشريعية زمام نفسها بيدها إذا كان احتماء المحاكم بصمتها هو خيارها العملي الوحيد<sup>(١)</sup>.

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

(١) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Second edition, P.355.

## المبحث السادس مظاهر استعمال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تداخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تقيّد ضمناً حق التعامل مع الآثار المترتبة على توقفها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانوناً يحظر الدخول إلى مواقعها -وأحياناً إلى دائرة مجاورة لها- لغير المأذون لهم بالنفاذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها لنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشدون فيها؛ وتقريرها لجرائم خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفردون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألّفها المدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -إيا كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وثقى على وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم على هذه النظم أثناء خدمتهم للقضية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتدريبهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة<sup>(١)</sup>.

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن للسلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة على الملكية الشخصية للجنود الذين يكفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم ولقما فيما وراء حدودها<sup>(٢)</sup>.

وقد تقيم الدولة طرقاً سريعة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل على تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة النووية، أو تعيد بناء النظم التنظيمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل على حفز همم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التي تقام ضدهم؛ وإرجاء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التي تسكنها؛ وتقييد تنفيذ الرهون التي رتبوها على أموالهم، إذا تخلفوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإمهالهم إلى ميسرة لإيفاء القساط ببيع دخلوا فيها<sup>(٣)</sup>.

(١) Solorio v. United States, 483 U.S.435 (1987).

(٢) Dameron v. Brodhead, 345 U.S.322 (1953).

(٣) ظاهر من هذه التكاليف، أن المقصود بها هو عدم تشتيت انتباه أفراد القوات المسلحة لضمان تفرغهم لمهامهم القتالية.

يطلب على المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمانات القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258, 263- 264 (1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين؛ رعايتهم صحياً، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما فسى ذلك وقايتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تناول الخمر أو عرضها في أماكن مجاورة من القواعد الحربية<sup>(١)</sup>؛ والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً في صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم واستناعهم عن العمل فيها، قد طال لمدته.

ذلك أن دعم المجهود الحربي قد يقتضي من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متواصلًا، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها المواطنين أداء خدمتهم الجبرية فسى قواتهم المسلحة. إذ يحفل كلاهما في إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل تقوقها<sup>(٢)</sup>.

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال المملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر العام ولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملاماً على تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناس منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها - وإن لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- مؤداه حرمانهم منها. ويتعين بالتالي أن يكون مقبل تعويض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو واقعاً زمن الأعمال الحربية وبسببها.

فلذا لم يكن التعويض شاملاً ما حاق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غنم من جواء حرمانهم نهائياً من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

(١) Mckinley v. United States, 249 U.S. 397 (1919).

(٢) يندرج تحت دعم المجهود الحربي، إنشاء الخزانات وتشيد الطرق السريعة ومحطات القوي الكهربائية كلما كان ذلك لازماً لإمداد القوات المسلحة بالحاجياتها.

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

التعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بقدر كامل القيمة التي جردها  
المشرع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا التجريد<sup>١</sup>.

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ دمر موطن أموالا يملكها توفيقا لوقوعها فسي يد  
العدو.

وللسلطة التشريعية -وفي مجال استعمالها لسلطة الحرب- أن تخلق أية صناعة لا تنقيد  
في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكثر  
نفعاً. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكفل تسخيرها اقتصادياً لتحقيق  
المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غايتها ضمان حرية الوطن من خلال رجال  
يضعون -بما لا يحصر فيه- بلرواحهم.

وما لم تدخل الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية يبدلان بها من الأحكام القائمة فسي  
القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقاً خالصاً للدولة المستوية  
عليها<sup>(٢)</sup>. بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تتلادها عن إقليمها، أو تحديد إقامتهم  
فيه، أو القبض عليهم دون قيود إجرائية. بل ومحاكمتهم بصورة مختزلة  
Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبياً، لا يعتبر سبباً للتكفير المتخذة قبله، وإنما كان النزاع  
المصلح سببها، ويلذه طرفاً فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمال  
للحربية<sup>(٣)</sup>. بل وتقديمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم داخل الدولة، أو فسي مواقع  
القتال، أو في أماكن قريبة منها، أو تتصل بها، خاصة إذا كانوا من المقتولين للمتخفين في غير  
أزيائهم، للعمل في الخطوط الخلفية<sup>(٤)</sup>.

٥٧٦- ويظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقة  
العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتها. فإذا  
كانت أبوابها مفتوحة لمن يطرقونها، وكانت تباشر ولايتها فعلاً في المنطقة التي تدعي السلطة

(١) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).

(٢) The Hampton, 5 Wall (72 U.S.) 372, 376 (1867).

(٣) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S.1 (1942).

(٤) Ludecke v. Watkins, 335 U.S.160 (1948).

العسكرية لأنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه المساحة في ذلك، لا يقيد جهة الرقابة على الدستورية<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يخوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، للمدنيين عن جرائمهم للمدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلاً<sup>(٢)</sup>.

(١) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).

(٢) Duncan V. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946).



### المبحث السابع

#### حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- والسلطة التشريعية -بحكم اختصاصها بإقرار القواعد القانونية التي تحكم الأقاليم التي احتلتها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية في ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تحويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، ويقر كبير من المرونة التي تقتضيها احتياجاتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يحتر تخلياً من جهةها عن اختصاصها الأصلي في إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة في المعاملة القانونية التي تحكمها، عن الأقاليم التي تقرر دمجها في الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينما يفترض إلحاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمهما إلى بعض ودمجها في كيان واحد لا تمييز بين أجزائه؛ لمعامل الإقليم المنضم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة الضامنة على مواطنيها، فلا يحرمون حقاً أو حرية كفلها الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحيلها سلطة الاحتلال إلى أراض تضمها إليها بغير موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التي فتحتها، وأن تقيم فيها السلطة التي تعهد إليها بإدارة شؤنها؛ إلا أن إلحاقها الأقاليم التي غزتها، بإقليمها هي، موداه اختصاصها لها، وإلحاق شعوبها بمواطنيها بمنطق القوة والظلمة، الذي يتلوى على قواعد القانون الدولي العام في مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الغازية لسلطانها على الأقاليم التي قهرتها، لا يحيل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تظل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحياتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التي تملكها وفقاً لقانون الأمم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها على مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تعطيلها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة؛ إلا أن وجهة النظر الألق هي أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانات دستورية غير تلك التي تنصل بحقوقهم أو حرياتهم الطبيعية أو الجهورية<sup>(١)</sup>.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تطبق في الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بأثر رجعي، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة؛ ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها؛ ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بآراء يعارضونها. وليس لها أن تمنعهم من حق العمل لمصلته للوقى بالحق في الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالا من العسكرة بأنونها؛ ولا أن تقدمهم إلى غير فضلتهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمهم في نموذجها المدني بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال؛ ولا أن ترددهم عن التقدم بظلاماتهم إلى هذه السلطة كي تحقّقها وتفصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقهم جبراً بالوسائل القانونية، عند إكثارها.

وينبغي التمسك دوماً بأن لسكان المناطق المحتلة حقوقاً أساسية لا يجوز للتفريط فيها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منعهم من الوسائل الضرورية التي تكفل أمنهم، أو التي توفر لاحتياجاتهم المعيشية - على الأكل في حدها الأدنى - أسبلها؛ ولا أن تقلص فرصهم في الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التي يتصل استثمارها بأنميّتهم، ولا أن تنال بوجه خاص من الحق في الحياة وفي العمل، ولا أن تفل بكرامتهم أو تستبد بشئونهم في غير ضرورة.

(١) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

### المبحث الثامن بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التي أقمها الدستور على صون أحكامه؛ فإن إنهاءها يعتبر كذلك صلاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخاصمتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيها؛ أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصاً بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالي أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن الحرب المعلن بلقتها، لا تزال متقدمة ليرائها؛ أو أنها لم تعد قائمة في حقيقتها بما ينالض إعلاناً رسمياً باستمرارها.

٥٧٩- وينظر نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غاية في الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهائها كذلك مطلقاً على قبولها هذا الإجراء...!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حرباً على دولة أخرى بغير موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يحمل في ثلثاه مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحررياتهم. كذلك فإن إعلان هذه الحرب، مؤداه أن تخوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بمسا بمتصها، ويصل لمنين عديدة للتنمية بكل أشكالها، وعبير مراحلها المختلفة، فلا تبقى غير آله الحرب تكرر عجلتها دون لقطاع، وتغذيها مصر بدماء أبنائها وعرقهم. وقد تؤول في نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تفريض اقتصاداً لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالي أن يعلق الدستور إعلان رئيس الجمهورية حرباً ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التي يمثل أعضاؤها هيئة الناخبين، ويبلورون إرادتها تصبراً عنها.

ويفترض بالتالي ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التي يراد إعلانها، ونطاق الضرورة للملجنة التي تقتضها؛ وملامة هذا الإعلان في توقيتته.

ولا كذلك قرار إنهاؤها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شرور الأعمال الحربية غير تضميد كافة جراحها بالوسائل القانونية السلمية.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالي لتطبيق لنتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والسوابق على ذلك كثيرة، من بينها أن الدستور الأمريكي وإن خول رئيس الجمهورية سلطة الدخول في أية معاهدة دولية يقدر ملامة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يتقيد عملاً بهذا القيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهاؤها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيراً ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فإن نهايتها تميّنها إذ هي خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاء حالتها إما بمعاهدة دولية أو بقانون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التي تبرمها الدول أطرافها لتحقيق السلم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تعتبر إعلاناً بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التي حظرتها.

ويفترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ القول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين لنتهاء هذه الأعمال والقضاء وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة فعلية، لا يفيد زوالها قانوناً. وقد نطل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دام لم يصدر عنها إعلان يعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية نطن بذاتها لنتهاء القتال، سواء تم هذا الإجراء في شكل معاهدة دولية، أم في صورة قانون، أو قرار من رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً في كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يتراخي إبرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية - عملاً - بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإجراء كثيراً ما يكون في مصلحة الدول المنتصرة في الحرب، حتى تفرض كلمتها على

للدول المهزومة، فلا تبلور المعاهدة التي تدخل فيها معها، غير أصدقاء هزيمتها، لتبخصها  
نصوص هذه المعاهدة، كافة حقوقها.

وأيا كانت أداة إنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياسية  
التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.

ولرئيس الجمهورية في إطار سلطته في إدارة الشؤون الخارجية، أن يهادن الدول التي  
دخل في صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التي يصير للقتال على ضوئها،  
موقفاً.

وهي هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بداية منطقية لتصالح الدول  
المتناحرة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثاني، هو الأرجح.

المبحث التاسع  
أموال الأعداء وغنائم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس مؤداه بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين المتحاربتين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع وتخوي حرمان الدولة المعادية من أية موارد تعينها علي المضي في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء علي جريمة لقتلها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته<sup>(١)</sup>.

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال؛ يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل علي أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلا، لا تنقيد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية السليمة، ولا بأداء تعويض عنها.

فإذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هلاكها.

ولا يلتزم المواطن الذي أضر من جراء هذه التدابير الخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد أنفقتة على تلك الأموال من أجل صيانتها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها أموالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لسواها حق فيها غير ترخيص من السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة علي سفن المتمردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخلصين لها في الحرب الأهلية للدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

(١) Honda v. Clark, 386 U.S. 484 (1967).

(٢) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

### المبحث العاشر

#### تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها<sup>(١)</sup>.

ويفترض أصلاً في التفويض، أن يكون متضمناً بيان الخطوط والمعايير العريضة التي يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التي يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقاً على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أعمالاً من طبيعة حربية بأمرها رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها دوافعها من الضرورة الملجئة لها. إذ تعتبر إجازتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز في التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التي تظل للمواطنين جميعهم بكل افتائهم، وفي كافة أوقاتهم، وعلى تباين ظروفهم. ويبطل بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إهدار قوة الأحكام القضائية سواء برفض النزول عليها أو بتعليق نفاذها على تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط، ولخصصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتعمل السلطة التشريعية إلى تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تتصل بإعداد الجيوش والأسطول وتجهيزها للقتال<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن الاستخدام الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكبر قدر من المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حسماً لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلاده، والرد عليها بكل الوسائل؛ بل كذلك في العمل على تجنبها وتوقيها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية على التجارة مع الدول التي تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم ألتها الحربية؛ أو تجهز بنواياها العدائية، أو التي تدل النذر على سعيها للقتال. أو تهيتها أو إفعالها لأسباب الصدام.

<sup>(١)</sup> Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

<sup>(٢)</sup> N. Grundsten, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التي يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتحجيمها، بما يعزلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يفقد صور التعامل معها، أو الاتصال بها.

ولا تضيق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التي تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأذن بها، ويتساع دائرتها لتطبقها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائماً بأن سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الشؤون الخارجية وتصريفها، وكذلك في إجهاض الأعمال الدبلوماسية جميعها وتوقيها قبل اندلاع شرارتها، وفعلها في مهادها، تقيده بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التي تتعرض للخطر في الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة للقانون تهدرها، ويتخذ توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، واجبة سواء كانوا داخل بلادهم أو خارجها.

إذاً تهددتهم هذه المخاطر في الدول الأجنبية التي يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التي لا يجوز التراجع في اللجوء إليها، والتي لا خيار للسلطة التنفيذية في تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها - وأبداً كان موقعهم - بما يؤمن لأرواحهم وحريتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣- ولأن القوة لا تحطمها إلا قوة تولجها وتقابلها، فقد ماغ استخدم كل عناصر القوة الحربية التي في يده لقمع عدوان دولة أجنبية على حدود بلده. ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسؤولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم في ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة الغازية، ما لم تمنعه بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكاراً منها لحالة الحرب التي يدعيها، ونقضاً من جانبها لتقديره تحقق أسبابها، واستعادة لاختصاصها في أن تقرر بنفسها وقوع حرب في زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.



٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دولية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في أية معاهدة دولية توثق بين أطرافها تحالفاً حربياً.

ذلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمناً تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكلما كان شن الحرب حقاً مقصوداً على السلطة التشريعية بنص في الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التي لا يجوز أن تقوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب في نتائجها وعظم مسئولية إثارتها، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية في مبادرة كل غزو بالتدابير التي يراها كافية لحرره وأن يلاحق كل عصيان داخل بلده بما يعيد لوضعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل في هاتين الحالتين لإنهاء خطر كان داهماً وحالاً.

### المبحث الحادى عشر

#### إعلان الحكم العرفى

٥٨٦- ورئيس الجمهورية أو من يفوضه، والسلطة التشريعية كذلك، إعلان الحكم العرفى<sup>(١)</sup> Martial Law فى المناطق التى دهمتها الأعمال الحربية، أو فى مناطق التوتر والصيفان داخل بلده.

ويندرج فى إطار سلطة الحكم العرفى، أن تتوافر للقائمين عليها حرية انتقاء الوسائل التى تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد انقراط عقده. على أن يكون مفهوماً أن حرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشروط ذلك أن تقوم فى بنائها على تقدير موضوعى، وأن تصدر فى إطار من حسن النية، وأن يكون عرضها مواجهة مخاطر تودى مباشرة إلى الغوضى، أو توفى تداعياتها حتى لا تنفك لثقالها. فلا يكفى فى المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكد حلولها، كأن يكون الغزو حقيقةً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها؛ ويقوض الإدارة المدنية ويمنعها من أداء واجباتها؛ ويعجز القوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تسليم سلامة المواطنين فى مجموعهم بصورة ملائمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفى، هى التى تبين تخومها، وترقيتها الجهة للقضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالى أن يكون تدخل القائمين على هذه السلطة فى شئون الأفراد وحررياتهم الرئيسية، تحكمياً، وإلا كان مخالفاً للمستور.

(١) يختلف قانون الحكم العرفى عن قانون الأحكام العسكرية، فى أن الثانى لا يطبق إلا على الأشخاص المتمتعين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذى يسرى على المدنيين والعسكريين فى آن واحد.

المبحث الثاني عشرالاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبدانهم بغير حق The Writ of Habeas Corpus كان للسلطة التشريعية وحدها -في الدول التي تكفل دساتيرها هذا الامتياز كالدستور الأمريكي- حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص في ذلك، إلا بناء على تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحاكمها في توافر شروط هذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ساريا، ما لم توقفه السلطة التشريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

### المبحث الثالث عشر

#### الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- وبمجرد التصديق على معاهدة السلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة التنفيذ بوجه آخر؛ فإن الأصل في هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة للقانون -وصفة تلقائية- إلى هذه الدول، الحقوق والواجبات التي تربط أعضاء الأسرة الدولية ببعض في علاقاتهم السلمية، بما موداه أن كل الأعمال التي كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة كالهجوم على سفن الدول المعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ تلك المعاهدة.

فإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضيها في الأعمال الحربية يقتضيها التعرض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التي كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتغلي الأقاليم التي غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرتهم، وترد السفن التي حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها؛ إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقا للدولة المضروعة منها بوجه خاص، وللجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الأمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تنافس قواعد القانون الدولي العام.

وهو ما يؤكد التواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التي لا تعتبر ولايتها بالفصل في الجرائم التي تدخل في اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها<sup>(١)</sup> Complementary to National Jurisdictions، وتباشر المحكمة الجنائية ولايتها في الحدود المقررة بنظامها، وعلى صعيد جرائم بعينها هي جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة قيادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

(١) تبين المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها في مجال متابعة المتهمين بالجرائم التي تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا يتأثر المحكمة الجنائية ولايتها في غير هذه الجرائم التي حددتها حصراً المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦، ٧، ٨، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً:

#### جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- في تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بهذه الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحاطتهم بأوضاع حياتية تم ترتيبها بقصد تدمير الجماعة التي ينتمون إليها، كلياً أو جزئياً، أو قسراً قيود على أعضائها تتوخى حرمانهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولاداً؛ أو نقل أطفالها بالقوة إلى جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأفعال جميعها موجهة لتدمير الجماعة - كلياً أو جزئياً - بالنظر إلى نوازلها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتعلق بمرفقها، أو بعقيدتها.

### ثانياً:

#### الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفي تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتي بيانها، إذا كان ارتكابها جزءاً من خطة شديدة الاتساع، أو تبلور سلوكاً منهجياً للعدوان المباشر A Widespread or Systematic Direct Attack على جماعة مدنية، مع العلم بإبعاد هذا العنوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل، والتصفية Termination، والاسترقاق Enslavement، وإبعاد سكان أو نقلهم بالقوة، وتقييد حريتهم سواء بالسجن، أو بخير ذلك من الوسائل القاسية التي تضرر بأبدانهم بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولي؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على لدغسار؛ واستعبادهم جنسياً Sexual Slavery؛ وإخضاعهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتقييدهم جبراً Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأعمال الجنسية العنيفة التي لها ذات الجساماة Of Comparable Gravity.

٢. كل اضطهاد يكون موجهاً ضد كيان أو جماعة لها ذلتها، بناء على نوازل عرقية، أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس<sup>(١)</sup>، أو بناء

(١) يقصد بالجنس في تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الذكر والأنثى داخل الجماعة.

على مركز آخر يعتبر غير جائز في مفهوم قواعد القانون الدولي في صلتها بالأفعال المنصوص عليها في الفترة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو بولية جريمة أخرى تدخل في ولايتها.

٣. إغفاء الأشخاص جبراً<sup>(١)</sup>، وجريمة التمييز بين الأجناس عصبياً<sup>(٢)</sup> The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التي تلحق بالمضرورين منها، قدرا كبيرا من المعاناة، أو تصيبهم بمخاطر جسيمة في أبدانهم أو صحتهم.

### ثلاثاً:

#### جرائم الحرب

٥٩٢- وعلا بنص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو من دائرة واسعة تؤثر فيها هذه الجرائم.

#### ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أوبة أفعال يكون محطها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيات جنيف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال الخطير بأحكامها، ويندرج تحتها:
٢. قتل الأشخاص عمداً، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنافي كرامتهم، بما في ذلك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

(١) يقصد بإغفاء الأشخاص جبراً، القبض عليهم، واحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقة أو بدعم الدولة أو التنظيم السياسي لهذه الأعمال أو رضاه بها، على أن يقتصر ذلك برفض الدولة أو التنظيم الاعتراف بحرمانهم من حريتهم، أو إعطاء أية معلومات عن أماكن اعتقالهم بقصد تجريدهم من حماية القانون لفترة بطول زمنها أو يقصر.

(٢) قصد بهذه الجريمة الأفعال غير الإنسانية التي ترتكب في إطار نظام مؤسس على التمتع المنهجي، وسيطرة جنس على جنس آخر، يقصد دعم هذا للتنظيم وضممان استمراره.

٣. تعدد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تحقيق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة -في إطار قواعد القانون الدولي- للقوانين والقواعد العرفية التي يتم تطبيقها في إطار الصراع المسلح، والتي يندرج تحتها:

٤. تعدد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر في القتال؛ أو ضد أشياء مدنية<sup>(١)</sup>؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتنظيم يعمل لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التي تكفلها هذه القواعد للمدنيين أو للأشياء المدنية. وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم علائق قانونية في نزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعدد شن هجوم مع العلم بالأضرار التي يربتها، سواء في ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق أرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشياء مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تكال من البيئة الطبيعية، ولا تبررها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية في منظورها الإجمالي، بما يفقد هذه المزايا تناسبها مع تلك الأضرار.

٦. الهجوم وإلقاء القنابل -بكل الوسائل- على مدينة أو قرية، أو على مبان أو مساكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حربياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختيلاً، بعد أن تخلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للحدو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة<sup>(٢)</sup>.

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال -بطريق مباشر أو غير مباشر- بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

(١) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التي ليس لها طبيعة حربية.

(٢) يدخل كذلك ضمن العلامات التي لا يجوز إساءة استخدامها، العلامات المميزة لاتفاقيات جنيف

١٠. توجيه هجوم متعدد ضد المباني المرصودة على أغراض خيرية، أو دينية، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع المرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافاً حربية.

١١. تعدد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، أيا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببنيتهم، إذا كان هذا الإجراء غير مبرر بضرورة يقتضيها علاجهم طبياً، وكان كذلك في غير مصلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشخاص أو تعريض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح أشخاص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معادية أو لجيشها.

١٣. إعلان أن غواً لن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تدمير أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن لذلك ضرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التي يملكونها وفقاً للقانون، سواء ببلغائها أو بوقفها أو بتقرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام في الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بنائها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام السموم أو أسلحة لها سمية، أو الغاز للخلق، أو الغاز للسام، أو غيرها من المواد أو المواد أو الأجهزة التي لها أثر مماثل؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشر بسهولة في الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضرورة لها، أو جراحاً مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إتيان أعمال شريرة -لا حياة فيها- ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.



٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضرورتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعارة عليهم، أو إكراههم على الحمل<sup>(١)</sup> أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كدروع بشرية في مناطق بذلتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاماً، لحملهم على الخدمة الإلزامية في القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم في الإسهام للنشط في الأعمال العدائية.

#### رابعاً:

##### ضوابط مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تباشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، وبمراعاة ما يأتي:

أ. أن يحيل إحدى الدول المعتبرة طرفاً في هذا النظام -وفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecutor، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحيل مجلس الأمن -وفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدلت في إجراء تحقيق في شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٥ من النظام.

(١) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy الاحتجاز غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتكوين الخلقي لأى شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولى.

### خامساً:

#### شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية الفصل في الجرائم التي تدخل في ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة -على ما يبين من الفقرة العاشرة لديباجة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم المحلية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول القضية المطروحة عليها في الأحوال الآتي بيانها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التي لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير رابعة، أو غير قلادة بصفة أصيلة، على المضى في أعمال التحقيق أو الاتهام التي بذلتها.

٢. إذا كانت الدولة التي لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجماً عن انتفاء رغبته، أو عدم قدرتها أصلاً، على توجيه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة الجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المواد ٦ و٧ و٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكمه عن هذه الجريمة ذاتها إلا في إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات في المحكمة الأخرى تتوخى حماية الشخص المعنى بالجريمة التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التي طبقتها المحكمة الأخرى في شأن الجريمة، لا تُدَل على حينئذ أو استقلالها وفق قواعد القانون الدولي المسلم بها؛ وكان تطبيقها لها قد تم على نحو لا يتفق -في نطاق الأوضاع التي لا يستها- وقصد تقديم هذا الشخص للدالة لينال جزاءه عنها.

### الفصل الرابع

#### الرعاية القضائية على دستورية محكمة المننيين أمام المحاكم العسكرية

##### بذمة عامة

٥٩٥- وفي نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجباتهم التي يؤخذون على الإخلال بها، وأنماط سلوكهم التي يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائمة وضروريا لنهيهم عن إتيان الجرائم التي حدثتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

ويتم ذلك وفق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنضبط بها محاكمهم عن تلك الجرائم، والتي يندرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التي تشكلها للفصل في جرائمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويرا أو إمضاء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر على أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حيثما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء وهؤلاء يمثلون جوهر النظم العسكرية التي لا توفر للخاضعين لها -في الأمم من الأحوال- ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيرا ما تخل بضماناته الرئيسية، وعلى الأخص ما يتعلق باستقلال قضاء هذه المحاكم وحيثيتهم.

وكان منطقيا أن يستبعد المننيون من دائرة تلك النظم، وأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الروماني، على أن الأصل في العدالة، هو أن تكبرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التي ينشأها القانون؛ وأن من المحظور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية *The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited*؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالي على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاة عاديون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد التنظيم القضائي. ولا يجوز تعيين قضاة استثنائيين، ولا قضاة خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاة لنظر مسائل بذواتها، على أن يكون ذلك في إطار الأجهزة القضائية العادية؛ وبشرط إسهام المواطنين المؤهلين -الذين لا يعتبرون أعضاء في السلطة القضائية- في نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبي في إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ من دستور مملكة تاييلاند على أن النظر في الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التي يتعين أن تفصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم المدنية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل في قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من أثره تغيير أو تعديل القانون المنظم للسلطة القضائية، أو القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير مجود تطبيقه على قضية بذاتها<sup>(١)</sup>.

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية الصادر في ١٧/٧/١٩٤٨ والمعدل في ٢٩/١٠/١٩٨٧، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاء مؤهلين وفقاً للدستور والقانون، وتحظر فترتها الثانية، مثول المواطنين من غير المجندين في القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية في تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين العرفية الاستثنائية، وفي شأن جرائم بذواتها<sup>(٢)</sup>.

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تنور في شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق في التعويض عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

(١) تنص المادة ١٩٤ من دستور تاييلاند على أن للمحاكم العسكرية سلطة الفصل في الخصومات في الحدود المنصوص عليها في القانون.

(٢) حصر الدستور هذه الجرائم في جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخلي الجنود الذين يتولون حراسة المواقع الحربية عن ولجبتهم، وجريمة إمداد الجيش بأطعمة فاسدة، والجرائم التي يبينها القانون وتقع على معدته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأمرى.

### للمبحث الأول

#### لحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد

#### في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاء بحكم ضمايرهم، وعلى ضوء واجبهم في تطبيق قاعدة القانون، مسئولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية بما يكلل فعاليتها. وعليهم أن يبينوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان في النطاق الدولي.

ذلك أن هذه الحقوق -على حد قول الأستاذ هنكن- >> هي التي يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص على أن توليها الجماعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالاً حياً لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، بغية عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وإن مضمونها لا تغيزه الجغرافيا ولا للتاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا للنظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التي بلغتها.

ووجودها وضرورة النزول عليها لا يرتبط كذلك بالعرق، ولا بالجنس، ولا بالطبقة الاجتماعية، ولا بمركز أيا كان. ووصفها بأنها حقوق، موداه أن طلبها يدخل في منطقة الحق، وأنها بالتالي لا تعتبر من الحقوق التي تنتجها روابط الأخوة، أو التي يثرها الوجدان. ولا بمنحها أحد كذلك تفضيلاً على غيره. ولا هي آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون في تحقيقها، ولا مجرد ثمار يسعون إلى جنيتها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كميتها أو التكليل على استحقاقهم لها. وإنما هي نخويل Entitlement بقابل بالترام في إطار نظم سياسي يخضع للقانون، إذا كان هذا النظام ظلياً ومحكوماً بقانون أخلاقي. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجودة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق ثقيل التحديد، ولا تجهيل فيها. وهي في مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وقدر كبيراً من ذاتية شخصيته، وتقريباً لحقائق المعدل ومظاهر الجور<sup>(١)</sup>.

(١) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس المنصور بالتالي مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تتشبهها. وإنما هي مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعترافها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليدياً تندرج دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بآدمية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافاً في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية في القانون التي تكفل حمايتها.

ورثة حقيقة لا مراء فيها، هي أن حقوق الإنسان وحياته سواء في توجهاتها أو في القيم التي تتركسها- تندرج سراباً، إذا لم تكفل للنظم القانونية التي تحيط بها -إطاراً فعالاً لضمائها- شأن حقوق الأفراد في ذلك، شأن التزاماتهم. ذلك أن إهمال تنفيذها جبراً على من ينازعون فيها أو يتصلون من إيفائها، يحيلها أشباحاً نبصرها، ولا نقبض بأيدينا عليها<sup>(١)</sup>.

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحياتهم، لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور في صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان في قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية -بما في ذلك نصوص الدستور- لا تكمن قيمتها في مجرد تكوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تنبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المنصور بالتالي أن تتطابق في دولتين مختلفتين، وثيقتان لحقوق المواطنين وحياتهم، وأن تتباعد بصورة كلية أو جزئية في مجال تطبيقهما. وحتى داخل الدولة الواحدة، فإن نظمها القانونية للقائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة في عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها على ضوء موقفها من الديمقراطية عدولاً عنها أو اعتصاماً بها. وتظل الحقائق التاريخية التي عاشتها الأمم على اختلافها، والشواهد التي تكل عليها تجاربها المديدة، خير برهان على أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحياتهم، لا يكمن في مجرد القبول بها، ولا في تكوينها في موثيق تعبر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية تزن من خلالها بالقسط عدوان المصلحة التشويعية أو

(١) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

التفندية علي كل حق أو حرية كلها المستور، لتردهما معا إلي القيود التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتيهما. ويتم هذا العنوان ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض التدابير، كالقيض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالعسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجوهر النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأساط ملوكهم التي يؤاخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إسنادها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها وأركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم، قضائهما الذين يتمايزون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحيثتهم؛ أو في الطريقة العملية التي يدبرون بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التي تضمهم، وطرق الطعن في أحكامها، والشروط التي يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا يجر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمنون لضماناتها، ولا شأن لهم بقضائتها، ولا بوسائلها في تنفيذ أحكامها. ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تواجهها للنظم المدنية - وهي جرائم القانون العام - ضرورة يقتضيها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاء يتفهمون أبعادها، ويدركون خصائص وأغراض الجزء المقرر علي ارتكابها. ولأن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير التمثل. كذلك يفترض التخصص، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعمق واكمل.

٥٩٨- وسواء تطبق الأمر بالمحاكم العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يقدمون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التي تشكل - دستورياً - في نطاق ولاية كل منهما، يتمتعون في مواجهتها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى نطقها بالضوابط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرية الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية؛ ويتقيا في جوهره أن تنقيد للدولة - في مجال تدبيرها للجرائم وتقرير عقوباتها - بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التي ينفيها أن تكون إدانة

المتهم هدفاً مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوءها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإنما يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانقاص منها. ذلك أن القواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية سرعني امتداد مراحلها-يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية<sup>(١)</sup>.

وتتوخى القواعد المبدئية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمعتنون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام. والذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصصهم لا يتوخى المشرع بتقريرها غير تأمين القوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا ينفطر عقداءها، أو يخل نظامها.

ولهؤلاء وهؤلاء محاكمهم التي يستقون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضمائماتها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المدنيون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضمائماتها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكامل حقوق المدنيين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج أويس مطلقاً، وحريةهم في التعبير عن آرائهم لدخل وحدتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلي حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتلقونها. كذلك ينطلق أمامهم الطريق إلي الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم العقابية أثناء خدمتهم، مطلقاً علي إذن خاص. وللنظم للتأديبية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلي الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان استئثارهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وينهلهم كل جهد لتنفيذها في الصورة المرجوة.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ من ٢٨٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها في توقيعاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية العالية لوحدهم<sup>(١)</sup>.

وجرائمهم التأديبية هذه -التي ينعقد الاختصاص في تقدير الجزاء على ارتكابها، للقادة والرؤساء في وحداتهم بوصفهم مسؤولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التي يحصيها المشرع ويحصرها في أفعال بذولتها ينص عليها بما يفصل أركانها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -في مجال تطبيقها وإجراءاتها والسلطة المخفصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التي يؤاخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنباً إدارياً وجريمة جنائية في آن واحد. ولا يحول تلقى المواخذة التأديبية الواقعة بذاتها، دون تعلق الدعوى الجنائية بهذه الواقعة عينا إذا كان المشرع قد أتم جنائيا ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطي لا يتوالى فيه كل ضمانة يحيط المشرع بها ليقاع العقوبة الجنائية؛ وأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال قلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحيل في شأن بيانها -وبصورة إجمالية- إلى السلطة الاتحفية لتسعى بحددها؛ وكان الجزاء الجنائي يرتبط بالضرورة بجريمة عين القانون أركانها في ضلله، فلا يكل تحديدها إلى أداة أدنى؛ وكان الخطأ الواحد في الجريمة التأديبية كثيراً ما يحاط بأكثر من جزاء كي تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسباً من بينها في حالة بذاتها ليسها خصائصها؛ إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة للقادة والرؤساء على وحداتهم، وإقرار النظام الدقيق بين أفرادها.

٦٠٠- وقد يعارض بعض المواطنين الإنخراط في القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تنهتهم عن القتال *des objecteurs de conscience* فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سفك الدماء، غير عمل من أعمال التسامح، لا يعفيهم نهائياً من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة؛ وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

(١) "مستورية عليا" -الضحية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يبذل خدمتهم الإلزامية- وبما لا يجاوز المدة المقررة أصلاً لاسمها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة<sup>(١)</sup>.

٦٠١ - ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانوني خاص، سواء فيما ينطبق بنوع الجرائم التي يصابون عنها، أو قدر عقوباتها، أو تشكيل المحاكم التي يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم في محاكمتهم عنها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز التفریط فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم في طبيعتها وسببها وأصلها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتفصيلاً، وبلغاً يفهمونها.

٢. أن تتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمان اتصالهم بالمحامين عنهم من المحامين<sup>(٢)</sup>.

٣. أن يفصل في التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق في الدفاع عنهم، سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض - وبشرط ألا تكون هذه المعونة القانونية شكلية في حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقدر يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هذا الدفاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها<sup>(٣)</sup>.

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق الحصول على المعونة القانونية الملائمة بغیر تكلفة. ذلك أن تحميلها يعجزهم عنها، ويرددهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بقول تكتينهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفسهم جبراً، ويقررون بنوبهم التي يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأفعال غير إضرار بهم بغیر رضائهم<sup>(٤)</sup>.

(١) في فرنسا تضاعف المدة بالنسبة إلى من يعارضون الانخراط في الوحدات القتالية للقوات المسلحة وهو ما يلبس مبدأ المساواة. ذلك أن الإنان لهم بحم الانخراط فيها، يقتضى أن تكون الأعمال البديلة عن الخدمة العسكرية مساوية في زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiques et droit de l' homme, 4 édition, pp. 104 -

106.

(٢), (3) Gidon v. Wainwright, 372 U.S.335(1963).

(٤) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).

٦. أن يتيأ لهم مترجمون يفهمونهم لغة قضائهم، إذا عجزوا عن إدراكها.

٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائي بأثر رجعي، وألا تزيد وطأة العقوبة التي يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكفل تماسكها مع الجريمة. فإذا تعمد قانونان على الجريمة ذاتها، تعين أن يكفي بالعقوبة الأقل التي قررها القانون اللاحق.

٨. أن يكفل المشرع حقهم في تنفيذ عناصر الاتهام وحضنها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتجريحهم تشكيكاً في أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود ينفون الاتهام عنهم. كل ذلك في نطاق وسائل إجرائية جبرية يجزئ طلبها والصل عليها.

٩. أن يتوافر لهم شكل من أشكال الطعن في الأحكام التي تصدر ضدهم. على أن تتم مراجعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيثها وطبيعة القواعد التي تعلّقها، ما يكفل إتصالها.

١٠. ضمان حقهم في التعويض وفقاً للقانون عن إدانتهم بالجريمة بغير حق. وتنفيذ عقوبتها دون مقتض. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر عفو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد -بما لا خفاء فيه- أن العدالة لم تقم في الصورة التي لا يخل بها مجراها Misscarriage of justice. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً -لا رمزياً- إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية الجسيم، أو عن إدارة العدالة بما يشوه وجهها<sup>(١)</sup>.

١١. أن تفصل في الاتهام محكمة لها من ضماناتها الموضوعية والإجرائية، وعلاوة جملاتها، ما يكفل استقلالها وحيثتها<sup>(٢)</sup>.

(١) شبيه بذلك ما تنص عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من أنه إذا تبين للمحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قلمونية أو أية سلطة غيرها لإحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كلياً أو جزئياً مع الالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة، تبين على المحكمة -عند الضرورة- أن تقدم ترضية عادلة للطرف المضرور، إذا كان القانون الداخلي لتلك الدولة لا يسمح بغير تعويض جزئي عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

(٢) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمواد ١١، ٩، ٨، ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان جوسيه في ١٩٦٩/١١/٢٢، وكذلك الميثاق الأفريقي حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم التحصل عليه بالمخالفة للدستور والقانون. ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية في التحقيق ومطاردة الجناة والقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على فتزاع لجنة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة<sup>(١)</sup>.

١٣. لا يجوز لمسلطة الاتهام، أن تسامح المتهم علي النزول عن حق كفه له الدستور *The Bargaining away of Constitutional Rights*، كل تدعو إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام<sup>(٢)</sup>.

ويؤثر في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم علي الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمى بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها *Plea Bargain*.

ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثول أمام قضاة يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وقل عدد قضائها، وابتدع العمل -ولمواجهة هذه الصعوبة- نظاما تنظم فيه النيابة إلى التمتع ما لديها من أدلة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه، وتبصوه بالعقوبة التي سيلقاها لو أنين عن هذه الجريمة، ثم تدعو إلي الإقرار بجريمة عقوبتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالا طائلة يدفعها المواطنون في مجال تسيير مرفق العدالة، ويحقق معدلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة مدتها أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر<sup>(٣)</sup>.

إلا أن هذا النظام لازال معيبا مع كل مزاياه المتقدمة. ذلك أن المتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي اتهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحصل علي القبول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة الجريمة الأكبر؛ بما ينالض مصلحة للجمهور في أن

(١) *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

(٢) *Wyman v. James*, 400 U.S. 309 (1971).

(٣) *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

تسجل الإحصاءات أن ٩٥,٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها علي مقتضى ذات النظام.

يدان كل منهم عن الجريمة التي ارتكبوها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، تعين إطلاق سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

### المبحث الثاني

#### الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلاً في اختصاصها أم لا.

#### ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون، وكان القانون بعد تعبيراً عن الميادة الشعبية في كثير من الدول التي تعطيه عصمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية في قواعده، سواء بإبطالها أو تعديلها، وكان القانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن الدستور بظل قيماً على قواعده جميعها، فلا تستقيم صحتها إلا بشرط تليقها للضوابط التي أحاطها للدستور بها، وكان البرلمان مقيداً بالدستور؛ ولو اخلط بالسلطة التنفيذية أو خالطها ليأتمر بتوجيهاتها، وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها -سواء بالدعوان على ولاية منحها الدستور لسلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحيدها- لا يقيمها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق في أن تستقل بتحديد معاني أحكامه، وكانت النظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هي في النهاية نظم قانونية مخاطبة بالدستور، وعليها أن تتحدد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد تعين أن يكون للدستور، حداً نهائياً لكل اختصاص<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التي تكبحها، مؤداه أن تحدد بنفسها وبوصفها حكماً نهائياً- ما ينافي أو يوافق الدستور. وهو ما يتأبى على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماناتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتقرض عليهما معاً قيود الدستور، حتى لا تعمل أليتهما فيما وراء دائرة ولايتها، جوراً على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً: إذ تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكري، ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيماً على كل تنظيم تشريعي لهذا القضاء؛ ولا يجوز بالتالي أن يجرى هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلي

(١) لم تكن الدساتير الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، وكان منطقياً بالتالي أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي وحرفياً، ما يأتي:

En l'état actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant en contentieux [C. E.6 Nov. 1936].

قاضيهما الطبيعي؛ ولا أن يدخل بحقوقهم في الدفاع؛ ولا في النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين ماليا على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانات استقلال القضاء وحيدتهم؛ ولما تمتع عزلهم؛ وعلائكة جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يفصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجيز التدخل في شئون العدالة؛ وجميعها حقوق كلها الدستور لكل فرد وفق مواد ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و ١٦٩؛ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة المنطقية التي يعمل القضاء العسكري في نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائيا، مخالفاً للدستور.

رابعاً: وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا -على ما تنص المادة ٢٥ من قانونها - هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل في كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر أولاً نطق الولاية التي حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بعندئذ فيما إذا كان المشرع قد حدد تخوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها في الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط كان عليها أن تبطل النصوص القانونية التي خالفتها من خلال استصحابها لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروض عليها يدخل للفصل فيه في اختصاصها لتعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً: وإذا تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هي التي تحدد ما يدخل وما لا يدخل في اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون في ذلك -وهو سابق في وجوده على العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا- يناقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلاً لقانون لا حق عليه، خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأ لتواعد التي تحكم التنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أيما كان موقعهما أو طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكماهما. فضلاً عما هو مقرر من علو المحكمة الدستورية العليا على كل هيئة قضائية سواها. وهو ما خولها -وفقاً لقانونها- السلطة التي تحدد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصاصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إضفاء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكما قاطعا فيه بعد تقديم طلب فض للنزاع إلى المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفا فيه، وإلا فقلب خصما وحكما في آن واحد.

سادساً : كذلك فإن الهيئتين القضائيتين المتنازعتين علي الاختصاص تتكافآن قدرأ، ولا تطو إحداهما علي أخرىهما. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تفصل فيه محكمة تعلوهما معا، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون أحكامها -وعلي مل جري به قضاؤها- طرفا في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحيدتها فيما بين الجهتين المتنازعتين علي الاختصاص، لتفصل إحداهما بالفصل في النزاع المعروض عليهما باعتبارها أولى به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية "نزاع" -قاعدة رقم ٥- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. أنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -قاعدة رقم ٣- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -ص ٤٥٥ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٤ قضائية "نزاع" -قاعدة رقم ٧- جلسة ٢ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها فصلت المحكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمين نهائين صدر أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، وثانيهما عن المحكمة العسكرية العليا، قاطعة بذلك بعدم اعتدادها بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالنزاع علي الاختصاص أو بالتناقض في الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في هذا النزاع إلا علي ضوء أجنر هاتين المحكمتين ينظره في إطار الحدود التي رسمها المشرع لولاية كل منهما بما لا يناقض الدستور.



### المبحث الثالث

#### قانون الأحكام العسكرية قانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسؤولين جنائيا عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تفصل فيها، وطرق اللجوء في أحكامها والقواعد التي ألفدها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء فسي تشكيلا أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحيوتها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون الخاص علي تطبيق القواعد الإجرائية التي حوaha القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملا هي التي تسم للمحاكم العسكرية بالخروج علي النمط الإجرائي لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم الخاص، أن ينبو عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص علي خلقها؛ إلا أن أفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معيبا دستوريا، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تقتض تنظيمها شاملا ووحيدا" للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوما بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التي تفردها بخصائص تستقل بها، وتبرر تميزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص لرد العدوان عليها بجزاء يلائمها، لا يكون مخالفا" للدستور. إذ هو أدخل إلى السياسة التشريعية التي لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض في صحتها، ولا أن تجيل بصرها في بواعثها أو حكماتها؛ ولا أن تحدد بنفسها بدلا لفصل من المشرع، وإنما تنحصر مهمتها في أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أقام المشرع عليها نظام التجريم، وتقييم العقوبة التي تفرها لكل جريمة من جهة علوها، أو هبوطها، أو ضرورتها أصلا<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين علي بعض، وإنما يظلهم الدستور جميعا بالحماية، ولو كانوا غير

(١) لا يكون توقيع العقوبة ولجبا إذا صدر قانون أصلح للمتهم.

مواطنين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دفع الاتهام - بما فى ذلك مواجهة شهود إثباته - بكافة الوسائل القانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التى خلا الدستور حتى من بيان صورة إجمالية لملاحمها، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة كوامها خصائص للنظم التى التزمتها الدول الديمقراطية فى مجال إدارتها للعدالة الجنائية وسمها لتحقيق متطلباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يتمثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرد من أموال يملكها؛ وأن كل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم للجزاء، تنقض شرط الوسائل القانونية السليمة؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتهم بين ظهرانيها، على إرواء غشها للثأر والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإلزام فى التجريم، والمخالفة فى العقوبة، وإن كانا محظورين، إلا أن كل جزاء جنائى لا يجوز أن يقل فى مده عما يكون لازما لحمل المخطئين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مدخلا لنفوسهم، ولا يكون ارتكابها - إذا ما عقدوا العزم عليها - أكثر فائدة من تجنبها<sup>(١)</sup>.

بما موداه أن كل عقوبة لا يجوز الإلزام فيها، ولا إيهانها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فإن كل عقوبة يتعين وزنها بالقسط لضمان عدالتها التى لا يكلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من فسوتها، فضلا عن إمكان تفريدها، على تقدير أن المذنبين لا يتفقون جميعهم فى ظروفهم، ولا فى ماضيهم، ولا فى نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط فى سلوكهم لا يقبل. فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها.

#### ٦٠٤ - ويتعين بالتالى العمل على تحقيق أمرين:

أولهما: أن تحكم النصوص الجنائية مقاييس صارمة تتطابق بها وحدها، ومعتبر حادة تلتم مع طبيعتها، ولا تزلحها فيما سواها من القواعد القانونية.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية كمستورية - قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦ - ص ٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعته لحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية للشخصية في إطار متطلباتها؛ وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا التوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وألوثها وقعا. ومنافذ ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعيا بأن تجريه علانية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة مسلفا علي ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها القانون، ولها من استقلالها وحيدتها، ما يكفل نخبتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم المائل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع إفراد قانون خاص لجرائم بنواتها لها من خصائصها وطبيعتها جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستقل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص علي ضوء أحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعها وعقوباتها -الأصلية والتبعية والتكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر علي ارتكابها.

وأقام هذا القانون الخاص كذلك، للمحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإيقاع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، ولتقتضاء المبالغ المحكوم بها. كل ذلك يحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ٢ جلسة ١٦ أياريو ١٩٩٦- ص ٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٩ -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابعنظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادربالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٦٠٦- يطلق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قتلًا بأن الذين صاغوه جعلوه أكثر تخلفًا من كثير من القوانين القائمة في التنظيم المقارن. فلم يستند هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورًا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشترط في غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكري، كضمان لحسن توليهم المهام التي يقومون عليها، وهي من طبيعة قضائية.

ولم يجر قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم القانون العام في أحكام المحاكم التي شكلها، وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحويل بئيلها.

ولم يحقق المشرع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ السبق على الدول العربية في إلغاء القضاء الطائفي بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وإدماج محاكم الأحوال الشخصية في المحاكم المدنية<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمود مصود مصطفى - الجرائم العسكرية في القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

### المبحث الخامس

#### جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- ويزيد الأمر سوءاً، أن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً "تخرج بها للنظم العسكرية عن طبيعتها. ذلك أنها تخول رئيس الجمهورية سلطة مثرامية فى مداها، تصير بها للنظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانوناً من أن الجرائم التي تنشأ هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها وأحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضى تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو المخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحيل إلى المحاكم العسكرية الجرائم التي تخرل بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم؛ ولكن فقرتها الثانية تخط ذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلاً، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوتة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل فيها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

ولكن نص. الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، استبدل للمحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة، واختص الأولى بالنظر في كل جريمة تُنمى قانون العقوبات أو أى قانون آخر؛ إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

#### ٦٠٨- وقد أثار تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلاً كبيراً حول حقيقة المقصود بها.

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيراً تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جلم بقرارها الصادر في هذا الطلب <أن عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديداً مجرداً؛ وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلاً>.

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدلائل الآتية ببيانها:

أولاً: أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، موداه ألا تفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو يفصلها عن سياقها أو بما يناقض الأغراض المقصودة منها.

ثانياً: أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستفراق، صار منصرفاً إلى كافة أفراده بغير حصر لهم. ومن ثم كان العام دالاً على الشمول والاستفراق، ولا يخصص بغير دليل. وإلا كان ذلك تلوياً غير مقبول. ويتعين بالتالي حمل كل نص تشريعي لأخر في صيغة عامة، على معنى الاستفراق، حتى يقوم الدليل جلياً على تخصيصها. وإذا كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحل إلى المحاكم العسكرية أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أية جريمة" تدل بعمومها دون تخصيص، وإطلاقها دون تقييد، على اتساعها لكل جريمة يقرر رئيس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكري، فإن قصر سلطته في ذلك على الجرائم قبل ارتكابها -التي يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التي يعينها بنواتها بعد وقوعها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقرر رئيس الجمهورية وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالة جريمة أو جرائم بنواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو بغض بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة فسي درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدواناً عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافاً عن ضماناتها.

رابعاً: أن انطباق نص الفقرة الثانية محل التفسير - على جريمة بذاتها تتحدد أبعادها ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إدراجها في قائمة تخصيصها، دالاً على ظروفها الشخصية؛ ولا كاشفاً عن الأوضاع التي تلازمها.

خامساً: أن أعمال هذه المحكمة لمسلطتها في مجال التفسير التشريعي المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وقفاً على كنهها، مستعينة في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية التي سبقتها أو عاصرتها.

ونقطع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة "قضايا معينة" مما يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها.

سادساً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعي معين، لا تعني -في مجال تفسيره- وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة- إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد التي ابتغاها من وراء تقريره.

٦٠٩- وقد أثار هذا التفسير خلطاً كبيراً بين حقيقة مضمونه من جهة؛ ودمجته من جهة ثانية.

ومرد هذا الخلط، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً لا يزيد على مجرد استخلاص إرادة المشرع في شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا -في ذلك، شأن للتفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية التي أقرتها والتباسها بالتالي على القائمين على تطبيقها<sup>(١)</sup>. فالتفسير التشريعي -في هاتين الحالتين، يشتمل على عدد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصومة قضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها؛ وعن طريق القضاء إفراداً.

٢. أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تتعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارته خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمدلولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مبادئها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مماثلة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ قضائية "تفسير" جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٣- من ٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بعد تفسيرها النص المطلوب تفسيره في الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل في دستورية هذا النص، وانتهت إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه إما كان مضمون النص -وسواء حددته المشرع أو حددته المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطتها في التفسير التشريعي- فإن الطعن في تطبيق هذا المضمون مع الدستور، بظل لخصاصاً ثابتاً للمحكمة للدستورية؛ انظر في ذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ - قاعدة رقم ٤٢- من ٣٥١ من الجزء الرابع. وفيها بحثت المحكمة ما إذا كان النص الذي سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعياً، يعد مخالفاً أو موافقاً للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يترخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تتحدد تأويلاتها.

٣. وإذا تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يندمج في هذه النصوص؛ ويرتك إلى تاريخ العمل به، فلا ينفصل عنها، وإنما يصير جزءاً منها، فإن تحويل قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملازماً لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإذا كان من المقرر قانوناً ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً بما يمسحها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يعجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعاني التي تحمل عليها النصوص -التي لا يجوز تحريفها- هي التي تصح عن حقيقة محتواها، وتكفل على ما قصد المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً بتقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يستهض طلباً ضمناً بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يخلوها غير استصفاء إرادة المشرع التي حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهي تستخلص هذه الإرادة بغير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص في معارضتها للدستور؛ وإنما لتعطي تلك النصوص دلالتها وفق ما ابتغاه المشرع منها، سواء قصد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تقيد بأحكامه، وسواء كان موقفه منها مجانباً للحق أو ملتزماً به، محايداً أو ملتوياً<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يعطل، أو يقيد سلطتها في مجال الفصل في دستورية هذه النصوص ذاتها.

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٢١/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ من ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.



ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها على ضوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها. وتحديد فحواها وأغراضها على هذا النحو، غير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما نقيضان<sup>(١)</sup>.

وعلىنا بالتالي أن نقرر، أن تفسير النصوص للقانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطهرها، لا من مثالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدستور كامناً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالي مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل في دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١- والحقيقة القانونية التي لا نزاع فيها، هي مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهي حقيقة لا ينال منها قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها؛ فإن قراره في ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التي لا ينقص تطبيقها من الاختصاص المقرر قانوناً لمحاكم القانون العام بالفصل في هذه الجرائم ذاتها، ما دام هذا الاختصاص مخولاً كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إعمال رئيس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنفيذاً لهذا النص<sup>٢</sup>.

(١) وغير شاهد على ما تقدم، ما تم في الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى في الدعوى الدستورية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "مستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقبول هذا الطعن شكلاً وبرأيه موضوعاً. ولو كان للتفسير التشريعي لنص المادة المطعون عليها في هذه القضية حلالاً دون تجريدها على أساس مخالفتها للدستور، لتضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة لمسامها. القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر الحكم في هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا- في ٣ أبريل ١٩٧٦، ونشر في صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها في ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لم تناقش السلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية -عند إعلان حالة الطوارئ- كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زاوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم في قانون معمول به.

ولم تخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطاقها، أو في الأثر القانوني الذي ترتبها، لتفصل في اتفاقها أو تعارضها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تنطبق بالسلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة (٦) آفة للبيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هذه الجرائم.

٦١١- وإذ كان الفصل في الاختصاص -وجوداً أو انتفاء- هو فصل في مطاعن شكلية؛ وكان من المقرر في المطاعن الشكلية، أنها لا تسقط المطاعن الموضوعية، ولا تجبها، ولكنها تنقهما؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، لا يعطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق من اتفاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها، مع نصوص الدستور في مادتها أو موضوعها.

لذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأدهان، وقام على سند من القانون، تبين أن تتحدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النقاط الآتية ببيانها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي يجوز لرئيس الجمهورية أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها - هي جرائم القانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذ تحول للفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجمهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيتها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم يتحول من الدائرة المحددة التي ينبغي أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يُحرّم حول الجرائم جميعها، ويسعها في كل أحوالها

وأوعاها، بما يقيم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيدة تفصل في كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك أيًا كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبيها.

٢. أن تخويل رئيس الجمهورية الحق في أن يحيل ما يراه من الجرائم إلى غير قضائتها الطبيعيين، يحمل في ثناياه مخاطر إساءة استعمال السلطة، ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التي يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتداخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما في موضوع واحد، ولا أن تتنزع جهة قضائية ولاية أثبتتها المشرع لغيرها، وإلا كان ذلك عدواناً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قرره المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يبقى محاكم للقانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها في هذه الفقرة، مشتركاً. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحيل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك ليخصها بها، بما يجعل الفصل فيها مقصوراً عليها.

ومن غير المنصور كذلك أن تتعادم ولايتان على محل واحد.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ لاختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلعها رئيس الجمهورية عليها، كي تبأثرها بنفسها، وتحجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التي يقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجهلتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تتمثل بولاية قضائية قائمة، وتنقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقعها عليها ويختصها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تناقض مبدأ الخضوع للقانون بما يقوم عليه من نبذ كل أشكال التحكم على اختلافها.

٦. أن حالة الطوارئ في مصر، والتي يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ آنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطقها، إلى سلطة لا تقطاع لها لتحديد بدايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة الطارئة. وهي حالة قلما ينهيهها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدتها. فلا يكون دوام تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. لقول بأن النظم العسكرية لها من إجراءاتها في التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأغراض المقصودة منها، مردود بأن الحق في التقاضي وسائله وضماناته التي لا يجوز الإخلال بها. وكثيرا ما يكون عامل السرعة مدخلا إلى محاكمة مختصرة فسي إجراءاتها، بما يناقض حقائق العدل التي لا يجوز التهور منها. فضلا عن أن الأصل في كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المنطقية؛ وبملائمتها لضمان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم؛ وبتكاملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتتسم في مجموعها بالثبات المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرية الشخصية.

٨. أن تحويل النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التي تختص أصلا بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التي لها من جهاتها، وأوضاع تشكيل قضائها، وقسوتها، وإجراءاتها التحكيمية، وضماناتها المبصرة، ما يحيط بالمحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلما ينجو المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم منهاجها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضائهم الطبيعيين، يواجهون ميل المحاكم العسكرية إلى التضييق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق في اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينبهونهم إلى كيفية تصرفهم أثناء جريانه؛ ويبصرونهم بحقيقة الأدلة المتوافرة ضدهم وما ينبغي أن يقدم من الأوراق والشهود لدحضها.

وحتى مع وجود هذه الضمانة، فإن المحامين كثيرا ما يردون عنها من خلال الأجال القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزلوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتية نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحل - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة يعينها أو جرائم ينزلها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلى مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة على حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة

العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدولاً عليها، أو يخل بحرياتهم  
لحرافاً عن ضماناتها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحيثية التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير المذكور، وإن لم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع ورفقا على كتفها، لتحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية محل التفسير؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرتهام لهواً، ولكنها قصدها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يلي: ما ينبغي أن يأخذ في حاسبه عند إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحيل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التي يقدر خطورتها بعد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستنهض بها الحقائق المواتية جميعها، ويوازن منهجياً بين كافة عناصرها، ليندل كافة مكوناتها في اعتباره.

ثانياً: أن يكون دافعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التي يعينها على ضوء خصائصها، منحصراً في المصلحة العامة في درجاتها العليا؛ وبما لا إخلال فيه بحقوق المواطنين لتتهاكاً لها، أو بحريتهم لحرافاً عنها.

ثالثاً: أن تقدير المشرع لضوابط الولاية التي يعطى على ضوءها لكل جهة قضائية نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تقدير رئيس الجمهورية لتحويل قواعد هذه الولاية بما يعدل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التقدير في الحالة الأولى لا يكون أصلاً إلا موضوعياً. بينما توجهه العوامل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيراً ما تقود إلى التحكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع في أن يحدد للنظم العسكرية ملامحها التي يندرج تحتها نطاق سريانها، وسلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائم التي تواجهها بما يحيط بأركانها وبالأجزاء عليها؛ وكان ما يتوخاه المشرع من هذا التنظيم، هو أن تكتمل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التي يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التي يصدر عنها، لا يجوز أن تذل بالحرية الشخصية في غير ضرورة، ولا بحقائق العلل في متطلباتها الأمرة. وأخصها أن المندبين يخرجون أصلاً عن النظم العسكرية، فلا تشملهم مفرداتها، ولا الأغراض التي تستهدفها؛ إذ هم غريباء عنها، فلا تجوز ملاحظتهم بها، أو إخضاعهم لها.

(١) ص ٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: إن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد سبق توافرها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل<sup>(١)</sup>.

سادساً: وما قرأناه في شأن ما يحمله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على فقرتها الأولى التي تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكري.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا في أن فقرتها الأولى لا تخول رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -دون غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تنقذه في ذلك بزمّن دون آخر، وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيلاً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته في إحالة جرائم القانون العام للمنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم؛ إلا أن هاتين الفقرتين تنفقان في تخويلهما رئيس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، ليحيل جنايتها إلى المحاكم العسكرية التي تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التي تفل بأمن الدولة -داخليا أو خارجيا- خطورها، إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التي تقتض إخلالاً مباشراً بالركائز التي تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتي لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن تنظم قوانين خاصة جانباً من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقه بهذا القانون أو مكمله لأحكامه، فلا تنفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المتفردة التي تخرجها في كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تعمل في إطار المفاهيم التي يحتضنها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التي يتعين أن ينحصر تطبيقها في حدود ضيقة ترتبط عقلاً بأهدافها.

سابعاً: وكلما أفرط المشرع في تحديد دائرة الجرائم التي تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافاً من المشرع عن حقيقة الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها، وتحريراً لهذه النظم من

(١) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955).

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجرائم في كثير من صورها، حتى تلك التي تدخل في المجال الطبيعي لدائرة القانون العام؛ وهو ما لا يجوز أو يقتصر<sup>(١)</sup>.

---

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية "تتعارض المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو

سنة ١٩٩١ ما يأتي:

"من المقرر - عملاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - أن القضاء العادي هو الأصل، والمحكم العادية هي المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات - وهو القانون العام - أيأ كان شخص مرتكبها. في حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائي استثنائي منطوق إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة تولدت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون".

أنظر في ذلك ص ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

## المبحث السادس المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التي ينبغي أن تدخل في ولايتها من جهة، وثانيتهما: صفة مرتكبيها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنتظر إلا في جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة للقوات المسلحة ومعداتها، أو إتلافها أو نهبها؛ وجرائم الاعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال السلطة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تخضعهم النظم العسكرية لأحكامها، إما كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزاويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها في المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون؛ وعين المخاطبين بأحكامه في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هي التي تحدد بطريقة أعرض وأشم، المخاطبين بالنظم العسكرية، إذ جاء نصها معرفاً بهم على النحو الآتي:

١. ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمركز التدريبي المهنية.

٤. المأسورين في الحروب.

٥. أية قوات عسكرية بأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويعهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة لو وقتية.



٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون في إقليم الجمهورية، ما لم تنض معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دولية بخير ذلك.

٧. الملحقون بالعسكريين أثناء خدمة الميدان، وهم كل منى يعمل في وزارة الحربية، أو في خدمة القوات المسلحة بآلية صورة.

٦١٥- وهذا الفر من المشمولين بقانون الأحكام العسكرية، يمثلون أكثر المخاطبين به عددا، ومنهم من يعتبر أصيلاً في القوات المسلحة، متوليا وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين يلحقون بأفرعها المختلفة، ويعتبرون من كوادرها بعد تخرجهم من كليةهم أو معاهدهم العسكرية؛ ومنهم من يرقى إلى مرتبة للقادة الذين يخططون لعملياتها الحربية ويديرونها، وإلى جانيهم في القوات المسلحة، يأتي ضباط صفها، الذين يديرون جنودها ويشرفون عليهم بصفة مباشرة.

ثم تأتي القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين يندرجون في صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التي يحددها المشرع. ومن ثم تؤول خدمتهم هذه إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم ينقلون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تستدعهم القوات المسلحة من جديد لخدمتها في أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تدريبهم؛ أو استكمال عناصر وحداتها، أو تعيينهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

#### ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لزم محوود، كما لو بثها للقضاء على ترمرد أو عصيان دلتى شديد الخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتي من دولة أجنبية لتقيم في مصر بوصفها قوة حليفة تظاهر جيشها، وتقدم عونها لدعم جهود الحربية، وكذلك المننيون الذين يلحقون بها.

وتنظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة أوضاع القوة الأجنبية الموجودة في مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية الشخصية لأفرادها عن الجرائم التي يرتكبونها في

إلليهما؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تغفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها<sup>(١)</sup>.

١٠. المدنيون أثناء خدمة الميدان، سواء أعانوا قواتهم المسلحة بطريق غير مباشر من خلال عملهم لحسابها في وزارة الدفاع؛ أم كانوا من المرافقين لها الذين يسهمون بطريق مباشر في عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يعيدون جراحها ومرضاها، والمهندسين الذين ينصبون لها المعابر التي تحتاجها.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء، يسندون قواتهم المسلحة أو يعيشونها من خلال أعمال يؤدونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب<sup>(٢)</sup> وهؤلاء تنظم أوضاعهم اتفاقية جنيف في ١٢/٨/١٩٤٨ بشأن قواعد معاملتهم، والتي تعتبر مصر طرفاً فيها، وتتقيد بالنزالي بأحكامها التي تقوم في جوهرها على ما يلي:

(١) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع يتعلق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتي تقضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلاً للولاية المطلقة لسلطانهم الوطني بالنسبة للجرائم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة؛ وعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني، أو لأية إجراءات أخرى في هذه الدولة؛ وإن تفتش بالقصص في الملتزمات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات المتبادلة أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مهني الطعن عليها بعدم الدستورية، حججها القضاء المصري عن نظر كافة الملتزمات التي تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - لتنظيم لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وإذا وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي، فإنها تعد من المسائل المتصلة بملاكتها الدولية، وتقتضيها السيادة العليا للبلاد، وتتدرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تحسرها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

إنظر في ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تنص المادة الثانية من التقنين الأمريكي الموحد للدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن يشار المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا التقنين، ومن بينهم - وعلى ما ورد في البند ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة.

Prisoners of war in custody of the armed forces.

أولاً : أن تراعى الدولة الحاجة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية سرعى ما تنص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التصامح؛ وبشرط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكناً.

وهم يحاكمون سرياً بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحائزة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمثل أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التي يلاحق أسير الحرب قضائياً بسببها.

ثانياً : أن تتوافر دوماً في المحكمة العسكرية التي تحلهم عن الجرائم التي يرتكبونها، ضمانات استقلالها وحيدتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثاً : أن تراعى محاكم الدولة الحائزة عند تحديد العقوبة سراً بعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتالي بالولاء لها.

٦١٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبية المدارس والكلية الحربية، وكذلك طلبية المراكز المهنية التدريبية، بالسكربين. وهو ما نواه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويبقون من الطلبة طوال مدة دراستهم التي قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالي في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد العلمية المدنية التي تقابل كلياتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية وإختلافها في نوعها عما يتلقاه الطلبة في المعاهد المدنية للتظيرة، أن تميز بين هؤلاء وهؤلاء في نوع أو نطاق الولاية القضائية التي يخضعون لها. ذلك أن محكم القانون العام هي التي تشملهم بولايته وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية<sup>(١)</sup> التي يبين من تفريراتها ما يأتي:

(١) صدر هذا الحكم في ٢٠٠٠/٩/٩ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً : أن طلبية الكليات والمعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة.

ثانياً : أن منازعاتهم التي تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلاً في اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتباره قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية والتكديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثاً : أن نقل الولاية القضائية من قاضيه الطبيعي، لا يجوز إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة الملحة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوتق روابطها- مقطوعاً بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعاً : أن طلبية المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالي. ولا يجوز بالتالي نقل الولاية القضائية في شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتاً سريان النظم العسكرية في شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة في القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويجعلهم من أفرادها، شأن هؤلاء شأن الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين في القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانوناً للانخراط فيها منذ دعوتهم ووفقاً لشروطها؛ والذين ما زالوا في فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين في سجونها تنفيذاً لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين في عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حربية فيما وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون في محيط هذه القاعدة؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها لنفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

### المبحث السابع خصائص للنظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد النظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحاكمون وفقاً لهذه النظم إلا عن جرائم بذلتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوبتها ربح مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما أقام لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سرياتها واجبا ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأغراض التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور للجزاء التي عينتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر المستور كذلك مصدرا مباشرا له يكفل شرعيتها؛ في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيش معداتها وتجهيزاتها، كي تنهيا لها لفضل القصور لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدنا الأعلى والأمين على إعدادهما للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية يقدر ضرورتها لصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كذلك التي تقم تحالفاً وفقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع عملاً بنص المادة ١٨٠ من الدستور- أن يعمل على ضمان وفاء القوات المسلحة بواجباتها، وعلى الأخص ما تطلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد المخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك -ومن خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور- النظر في كافة الشؤون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه المواد جميعها، يجمعها معها لضمان آلية مقننة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بأفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخوض معاركها.

ومن ثم كان منطقياً أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تنبسط عليها ولايتها، على أن يكون ذلك -على ما تنص عليه المادة ١٨٢ من الدستور- في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلافتها، ولو كان ذلك في إطار النظم الاستثنائية في جوانبها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان يحكمها قانون خاص يحيط بها، إلا أن هذا القانون لا ينفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل في فراغ Legal vacuum، إذ يدخل في إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص في نطاق مفاهيم النظم الجنائية التي تقوم أصلاً على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكون إلا من خلال اقتناع قضائي لا تتدخله شبهة لها أساسها.

٦٢٠- ولما كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق العدل ومعطياتها تحيط كذلك بالقواعد المسلم بها في مجال تفسير أحكامها. ويترج تحتها أن كل كلمة أو عبارة أوردتها قانون ينظم الشؤون العسكرية، إما يؤخذ بها في سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بغير دليل، وتخصيصها لا يكون بغير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة في القوانين العسكرية يكون أصلاً بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظم العسكرية لها معنى آخر يلتزم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيق أغراضها. وتعتبر المسائل التي لا حكم فيها، مسكوناً عنها لتنظمها القواعد الكلية التي توحد بين القوانين في عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحسب في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي احتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقعهم في مجال تطبيقها. وصفتهم هذه نواكهم أينما حلوا، وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم في جذورها.

٦٢١- ويتعين بالتالي التوفيق بين النظم القانونية في البلد الواحد لتحقيق أغراض أهمها:

أولاً: ألا تتأثر ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقة لا رباط بينها.

ثانياً: أن تمثل هذه النظم في مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمة Corpus juris التي لا تتهاجم فيما بينها، وإنما تتدخل، وعلى الأقل من خلال اجتهادات قضائية وفقهية تنضم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التي تظلمها، لتكفل في نهاية المطافها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانوني في الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التي تقوم عليها.

ثالثاً : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائمة في فضاء عريض. إذ تدور حول تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم -لا بوصفها من القيم المجردة التي يصوغها المشرع في نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعايش ولقائها من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضماناتها لأصحابها، وبين الحق في فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

ونكفل قاعدتان هذا التوازن وتتكاملان فيما بينهما؛ أولاهما : أن النظراء يتكافأون في الحقوق.

ثانيتهما : أن للقيود على الحقوق مدخلها لوسائل القانونية للسلمية The due process of law حتى لا يحرم أحد من حريته، ولا من الأموال التي يملكها، ولا من الحق في الحياة، دون مقتض.

وهاتان القاعدتان الغائرتان في النظم القانونية جميعها، تدوران أكثر أهمية في مجال تطبيقهما في النظم العسكرية التي تتضاءل في إطارها حقوق المتهمين قبلها. ذلك أن النظم العسكرية تحمل معها جهامتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تنفصل كذلك عن أغراضها في تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التي ترتبط بها هذه النظم، ولتي تظل -في محتواها وأغراضها- نظاماً قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة في البلد الواحد، وتتأبى بالتالي على إطلاق السلطة أو إساءة استعمالها.

### المبحث الثامن

#### علا السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازماً أن تكون القواعد الكلية التي يتضمنها الدستور، حداً للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، ويطو السلطة المدنية عليها، وتلقفها لتعليماتها منها.

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إغنائها ولا إخضاعها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تتل من قدرتها على مواجهة المخاطر التي تطرأ لها سواء أثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة للخطر العام أو الحصار L'Etat de siège؛ وأن السلطة القضائية كثيراً ما ترد في أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش في حركتها وفعاليتها؛ وأن التدخل في مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التي تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلد ترابها وعرضها؛ إلا أن النظم العسكرية تظل مقيدة بالإطار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هي اجتاحتها، أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علواً على السلطة المدنية التي يفترض خضوعها لها، مجاوزاً كذلك حكم الضرورة التي تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التي تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يدينها من أهدافها ضمانها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى في مواجهة للنظم العسكرية؛ وبما لا يخل بضرورة رد المخاطر المتعاطمة التي تتعرض لها الجيوش في مناطق التوتر ويؤر الصراع.

وهي مخاطر تنبأين في شدتها؛ ويتعذر دفعها إذا تهاون الجند في واجباتهم أو أداروا ظهورهم لها، نكولاً عنها، أو تهرباً منها. ومن ثم كان الحزم والمبادأة بقوة الردع قرين للنظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح القول بالتالي بأن للنظم العسكرية خصائصها التي لا تقوم على افتراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن لاحتياجاتها وضرورتها ينبغي أخذها في الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من صوابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائل القانونية السليمة في هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارماً؛ ولا محدد وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تتنقل عليها.



وإنما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كقلا حدا أدنى من الحقوق التى لا يتصور أن تتجرد المواثيق الدولية وللوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص فسى إطار العدالة الجنائية التى لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعاً لطبيعة النظم التى تقيمها، وعلى الأكل فى مجال عرض الاتهام الجنائى والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها  
Fundamental fairness.

وإذ كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التى تتباين درجة شدتها على ضوء الأوضاع التى تحيط بزمن طرورها؛ وفى إطار نوع للضغوط التى تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضمانات الحقوق المدنية التى يطلبها المخطأون بها، يكون كذلك متفاوتاً. ذلك أن هذه النظم تكفل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تنقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضوء الأوضاع التى تقارن تطبيقها.

وبقدر حدة الضغوط التى تواجهها، يزداد اتساع التدابير التى تقابلها، وتحرر رعلى الأكل فى بعض جوانبها- من قيود القائلون العام، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن النظم جميعها- رلياً كان نوعها أو مصدرها فى نصوص الدستور التى تؤسسها- لا يجوز أن تتصل فى اتهام جنائى مطروح عليها، فى غير إطار النظام الاختصاصى للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقيقة الاتهام، وبالخصائص التى يقوم عليها، وبالقرائن التى تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحيثتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائيا؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التى تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التى تكفلها للدفاع ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق فى مواجهة التهمة وإقناع أدلتها، ما يعادل فى إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق فى الطعن فى الحكم القضائى- ولو صدر من محكمة عسكرية- أمام المحكمة الأعلى فى النظم المدنية، ما يقطع بطو هذه النظم عليها وخضوعها لمطلاتها.

يؤيد ما تقدم أن حقائق العدل لا يتصور أن تكبد فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعاً لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية ليا كان محتواها. وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إسائة لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

### المبحث التاسع التطبيق العملي للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه في كثير من القضايا التي تواجها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهريّة تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها، ونكاد أن نحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحيانا عن تطبيق القواعد الأمرّة التي ألزمها المشرع بها، وإلى خروجها دوماً على القيم التي احتضنها الدستور، وهي قيم يستحيل حصرها في قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه القيم في مفاهيمها، وتسارع خطاها على ضوء الأوضاع المتغيرة في الجماعة.

فلا تكون هذه القيم في تطورها وبكبرها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء القيم القائمة حتى يظل الدستور حياً فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل القيم التي فرضتها الجماعة إطاراً للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التي لا تنفصل حقوق المتهمين عنها، والتي تتعمق روافدها للنظم القانونية جميعها -أيا كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هي معايير الجماعة التي تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالي أن تنتزع أية سلطة لنفسها مفاهيم تبدعها، وتقرر تعلقها بها دون غيرها، لتحدد على ضوئها ما نراه صواباً أو خطأ.

إذ يناقش ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق لعزالتها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط في جزئياتها، وإنما كذلك في القيم الرئيسية التي تظلمها، لتبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم تكنولوجية مختلفة في بلدان متعددة بما يؤكد تقارنها لاتوائها، وعلى الأكل في العريض من خطوطها<sup>(١)</sup>.

(١) فليس الملطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تملو هذه

الوسائل عليها وتكون قيدها عليها Due Process of the Military

Bassiouni, Criminal law and its due processes, 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- ويزيد الأمر سوءاً:

١. أن قضاء المحاكم العسكرية كلما يعبرون آذانهم للماتين أمامهم من المتهمين. فلا يمنحونهم وقتاً كافياً لتحضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود ينفون التهمة عنهم، أو لا يوفر لهم فرص الاتصال بمحاميتهم. وكثيراً ما يلتصق الفرع في نفوسهم من خلال شحنتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء للقضاة والمدعين العامين، وكذلك ترفيقتهم ومكافأاتهم، بيد قادتهم الذين يطعنونهم. فلا يسمعون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقادتهم الحق في مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يطلونها إذا تبين لهم ملاءمتها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تدخلهم في القضايا -ولو بطريق غير مباشر- إلا واقعا لا يحض -وإن لم يكن مشهودا- يزيد من قسوته أمران :

أولهما: أن حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستنفذ طرق الطعن القضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الدول التي تراه امتيازاً لكل فرد أودع بالمخالفة للدستور أو للقانون - في مكان يقيد من حريته الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضمانته ينازع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا في أحوال استثنائية مناطقها المصيان والغزو. وغايتها أن تكفل الحرية الشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو مدخلها، يعزها ويقيوها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يناقها أن يدان الشخص من محكمة تتأقن إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي طبقها على قواعده؛ أو يطل حكمها بناء على وجه آخر. كإنكارها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إنكار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكمها؛ ولا على عدم كفاية الأدلة التي قام عليها هذا الحكم.

ويفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول الفيدرالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص في الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، منطويا على إخلال بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الفيدرالي، أو القوانين الفيدرالية لكل شخص.

ب. أن يكون احتجاز الشخص به تائليا لاستفادة لطرق الطعن التي حددتها الولاية للفصل فيما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

ويفترض استفادة هذه الطرق، وجودها وملائمتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق في رمال غائرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخطى طواعية عن القواعد الإجرائية المعمول بها في الولاية، أو تعمد تجنبها، حتى لا يحصل على الترضية التي كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص في الولاية بناء على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استفادة الطعن في الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازما.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامين العاميين لديها، كثيرا ما يكونون غير مجازين في الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانويا غير مؤثر في محصلتها النهائية؛ وكذلك معا يكون من الأدلة مقبولا أو غير جائز للقبول؛ متعلقا بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرفهون سمعهم لحقوق المتهمين المائلين أمامهم في المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre-trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جنية في مركز المتهم.

ويعولون على الأقوال التي ينل بها، ولو في مرحلة للحفاظ عليه، رغم ما يشوبها من ضغط قد ينهار معها، فينل بأقوال أكره نفسها عليها، وقد لا تنبئه سلطة التحقيق إلى حقه في أن يظل صامتا؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقره أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحقق الحصول عليها في محاكم القانون العلم، إلا أن التسليم بها في المحاكم العسكرية التي يفرغ للمتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوبا، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر في شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق أو إرجاءها حتى يصدر هذا القرار، مؤداه أن يظل المتهم بغير دفاع ينبيه إلى خطورة الأقوال التي ينل بها في هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة التقريب بين النظم العسكرية والمدنية في مجال الحقوق التي تكفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد في النظم العسكرية، هو التدرج الرأسمي بين سلطاتها التي لا تخفيها حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية في صرامتها وتقاليدما وأعرالها.

وبسببها كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، كلما يكونون مؤهلين قانوناً، ولا يستوعبون غالباً حتى القواعد القانونية التي تطبقها هذه النظم<sup>(١)</sup>.

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم دائماً لجواز القبض على العسكريين وتفويضهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم لجريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولاً على أسبابه التي تكون صحتها أكثر احتمالاً Probable cause، وأن يكون كذلك معقولاً.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موفّق للقانون؛ أو على أشياء تدحيزانها على ذاتها - جريمة معلّقة عليها؛ أو على أشياء أخرى بموافقة مالكها؛ أو لها صلة بأدلة الجريمة التي يخشى طمسها أو إزالتها.

ويبقى أن يلاحظ دوماً، أن للنظم العسكرية بيئتها التي لا يلائمها أحياناً التطبيق الجليد أو الكامل للقواعد الإجرائية التي تلتزمها محاكم القانون العلم فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففاً منها؛ وإن تعين أن يكون جوهرها موافقاً للوسائل القانونية السليمة في عموم متطلباتها.

وظل ثابتاً بالثبات أن تقعد الضباط لجنودهم وقروا على أحوالهم، وقدر انضباطهم، ودرجة تأملهم للقتال؛ لا يقل شأناً عن تفويض أركان إقامتهم في تكلفتهم.

(١) انظر في ذلك الدكتور شريف بسيوي ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه. هذا ويتنص للمواد ٥٩٠، ٥٧، ٥٥، ٥٤ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاة العسكريين قرار من وزير الحربية؛ ويكونون جميعهم من الضباط ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تعيينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى مناصب أخرى إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعطي خضوع هؤلاء القضاة خضوعاً كاملاً لأوامرهم.

ذلك أن القانونين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توقيها للإيداع أشياء ممنوعة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين يدخلون في القوات المسلحة، ويعتبرون من أفرادها، يجرّدون أنفسهم ضمنا من الحق في حماية حرمة خواص حياتهم بقدر تطلقها بالأماكن التي يقومون فيها داخل تكتاتهم<sup>(١)</sup>.

ذلك أن للنظم العسكرية -التي تغاير المجتمع المدني في تكوينه واحتياجاته واحتياجاتها- تعايش واقعا؛ فلا تنفصل متطلباتها عن الضغوط التي ترزح تحتها.

ويجب بالتالي أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التي يندرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التي تجريه على تحرياتها الجدية، ولو جاءت بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهي تكون كذلك -على الأخص- إذا أبدتها هذه السلطة بمعلوماتها الشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتبشر هذه السلطة تحرياتها تلك، أخذه في اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التي تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحرياتها عمقا أكبر في الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فإن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجعة صحتها.

(١) R.D. Hamel, Military search and seizure, 39 Military law Review, 43 (1968).

### المبحث العاشر

#### الجرائم العسكرية - ماهيتها

٢٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذي أدرجها في صلبه، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التي تكمل أحكامه، إطارا لجرائم القانون العام؛ وأن للنظم العسكرية وعاء للجرائم التي تضمنها تشريعاتها.

فذلك كله نظر لا يتعمق حقائق الأشياء، وإنما يتعلق بأهدافها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلي في تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة، فيعتبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بإلحاحها المختلفة- قرارا إداريا، ولو كان هذا القرار متضمنا قواعد قانونية مجردة تمثل للقوانين في انتقاء تخصيصها بواقعة بذاتها تتعلق بها، أو بأشخاص عيّنهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لازمها أن تتحدد طبيعة الجريمة -لا بالنظر إلى مضمونها؛ ولا على ضوء الأغراض التي يستهدفها الجزاء عليها- وإنما من منظور شكلي القانون الذي احتواها. فإِنْ كان قانونا مدنيا، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تحين إلحاقها بالجرائم العسكرية إذا أدخلها قانون يخص النظم العسكرية في إطاره.

٢٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص من يرتكبوها. ذلك أن الجرائم جميعها لا تتحدد أوصافها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. وأوصافها هذه هي التي تحدد الاختصاص القضائي بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبوها. وآية ذلك أن جريمة قتل الرجال لأزواجهم، تنقل من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبها من الخاضعين أصلا للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعيا ينظر إلى الجريمة في مكوناتها؛ وإلى الأغراض التي يتوخاها الجزاء عليها؛ ونسوع المصالح التي تمسها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشرا أو عرضيا.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تأثيم المشرع لها، لا يخص نفسرا من المواطنين دون سواهم. وإنما يشملهم جميعا في كافة مواقفهم، وعلى تباين وظائفهم، أو الأعمال التي يتولونها. وهم بذلك سواء في التقيد بالنصوص العقابية التي تمنعهم من إتقانها، لا يمايزون في ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان القتل من جرائم القاتلون العام التي تفصل فيها محاكم هذا القانون دون غيرها بوصفها فاضيتها الطبيعي. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قلزمة بذاتها لها من خطورتها ومن مسلسلها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها؛ ما يسوغ إلحاقها بالجرائم العسكرية، وإلحاقها في زمرتها، إذا ارتكبتها أشخاص يخضعون لهذه النظم، ويعتبرون مشمولين بها.

ويزيد الأمر سوءاً، أنه وإن كان الأصل في الجريمة العسكرية، أن يرتكبها عسكريون، إلا أن النظم العسكرية قد تدرج في إطار المشمولين بأحكامها أفراد ليس لهم صلة بالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منخرطين في صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هم الذين يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية، تجعلهم من عناصرها، ولو كانوا في إجازة تكتمل بانتهائها مدة خدمتهم فيها Terminal leave.

إذا اعتبروا حتى في هذه الحالة، من أفرادها الذين تشملهم نظمها<sup>١</sup> بما في ذلك مشمولتهم عن الجرائم التي يرتكبونها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحكمة عسكرية بالتالي، أن تباشر ولايتها في شأن شخص لم يعد من الخاضعين لها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها تدخل في اختصاصها بالنظر إلى مادة الأفعال التي تكونها. ولا اختصاص لهذه المحاكم بالتالي، بالفصل في جرائم ارتكبها أشخاص بعد انتهاء خدمتهم في القوات المسلحة، ولا جلبهم إليها عن جرائم أتوها خلال فترة التحاقهم بها، إذا كان اندراجهم في صفوفها مخالفاً للقانون. كما لو كانوا من القصر الذين لا يجوز قبولهم في القوات المسلحة. ذلك أن ارتباطهم واقعياً بها بعد دخولهم في خدمتها De facto، لا ينال من كونهم خاضعين لولاية آباءهم أو لوصيتهم.

ولهؤلاء وهؤلاء، أن يعارضوا بقاءهم في القوات المسلحة، وأن يمنعوا محاكمها من أن تمد يدها إلى أبنائهم أو إلى المشمولين بوصيتهم.

وتنثر صعوبة كبيرة في شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم في القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحاكموا عنها.

(١) Hironimus v. Durant, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also George Washington Review 142 (1947).



والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تبين مواءمتها في هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للفصل فيها؛ ومنها ما يطلق الحق في محاكمتهم عن هذه الجرائم بغض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل الذي أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦؛ وذلك بما نص عليه في المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٢٢٧- ولا تميل إلى أحد هذين الاتجاهين، ونراهما قائمين على معايير غير موضوعية، ومستندتين إلى التحكم ولا تحمليهما غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موقفاً تراه أكثر ملاءمة، وإن لم يكن بالضرورة قائما على صلة وتقي بين الطول التي اختارتها، وضوابطها المنطقية.

ولكن واقعياً من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التي ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يعتبر بدء التحقيق في جرائمهم التي ارتكبوها أثناء عملهم بالقوات المسلحة، إجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. ونقوم بالتالي من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالمثل أمام المحكمة العسكرية لمحاسبيتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك للتحقيق قد اكتمل. ذلك أن الأصل في ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والعملية.

ويتعين بالتالي أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة لا يندرج تحتها أن يقدم أعضاء سابقون في القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

### المبحث الحادي عشر

#### العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض مواقعها في دولة أجنبية. وتُأذن العاملون من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصبحوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون علاقاتهم هذه -بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لوقوع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم -يرصفهم من المدنيين- إلى محاكم للقانون العام في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتساب ضئيلاً.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة الدولية التي تنظم لوضع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبوها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تستضيفهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجعفاً بحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التحويل من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقدمون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه بالخاص للوسائل القانونية للسلابة في عناصر إنصافها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن عملهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفترض قبولهم لها ورضاؤهم ضلماً بها<sup>(١)</sup>. وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برقاب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، وأيا كان مكان تطبيقها- ليحيط بكل جوانبها.

(١) Wilson v. Girard, 354 U.S. 524 (1957).

المبحث الثاني عشرصور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذ كان الأصل في الجرائم بوجه عام، أن يكون تحديدها بالنظر إلى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبه لهذا الاعتبار، إذ أفرط في تحديد الجرائم التي شملها بأحكامه فأدخل تحتها -ربص المادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبها من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية. وهو نظر سقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هي التي تحدد جهة الاختصاص للقضائي بنظرها أيا كان مرتكبها.

ثانيهما : أن النظم الاستثنائية التي تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تعرض على حقوق الأفراد وحرياتهم قيودا خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، سواء من خلال إهدارها أو لانتقاصها من أطرافها.

٦٣١- واستقرأ قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التي كان ينبغي أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص في مجال تطبيق نص المادة ٦ من هذا القانون التي تخول فترتها الأولى رئيس الجمهورية -ولو في غير أحوال للخطر العام- أن يحول جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التي نص عليها هذا القانون، ولو ارتكبها منديون.

ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحول أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها في هاتين الفقرتين -جميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق لقاضيتها الطبيعي، لتشملها نظم استثنائية في القواعد التي تحويها، وفي نوع المحاكم التي تطبقها.

ولئن فرض المشرع في تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها؛ إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائي من الجهة التي تتولاها أصلا، يفترض أن يكون هذا

الإجراء واقعا بصورة استثنائية؛ وفي حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة في لائق رولايتها وأعلى درجاتها؛ وتفرضها الضرورة في أعرق متطلباتها.

وهو ما لا يتوافر في نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يعيله منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوءها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التي لا تختص أصلا بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفا للدستور، ولو أحاط رئيس الجمهورية بتطبيقها بأفضل الدوايا. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونقلها برمتها أو في أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن تسعها، ولا يفترض أن ترتبط بها؛ ويخضعها بالتالي في غير ضرورة ملحة - لنظم استثنائية في طبيعتها وخصائصها.

٦٢٢- وما قرئناه في شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التي تعاقب بمقتضى أحكامه، كل شخص من الخاضعين لهذا القانون، أتى في الخارج - سواء باعتباره فاعلا أو شريكا - عملا يندرج تحت جناحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه. فإذا كان معاقبا عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التي يكون قد أمضاها.

#### وهذه المادة معيبة من وجهين:

أولهما: مرياتها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوافر فيه الصفة العسكرية - كطلبة المعاهد والكلية العسكرية - ولتقواها في تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التي أتاها في الخارج - بكامل أجزائها - جنائية أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلا أم شريكا، وطنيا أم أجنبيا، بل ولو كان مرتكبها مدنيا، وكانت الجريمة التي ارتكبها بتمامها في الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم الشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التي حوكم عنها في الدولة التي ارتكبها فيها، ولو كان قد

نفذ عقوبتها بكاملها، لو كان مقدار عقوبتها في قانون الدولة الأجنبية، أشد من العقوبة المقررة لها في قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستنزل مدتها من العقوبة الجديدة.

وفي ذلك مخالفة للدستور، ذلك أن الشخص لا يحكم أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عدواناً خطيراً على الحرية الشخصية، ينال منها بغير الوسائل القانونية السليمة.

٦٣٣- وإذا كان من المقرر قانوناً، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -وباعتباره للقانون العام- فيما ورد به نص خاص في قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معاقبة عليها بالعقوبة التي حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر في شأن الجريمة عينا جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معاقبة من يسرق من العسكريين نقوداً من زميله بالأشغال الشاقة المؤبدة أو جزاء أقل منها منصوص عليه في هذا القانون. وهي عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجحفة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها في قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريباً كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التي تعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص للقانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العام -على ما جاء بالملحوظة الإيضاحية لهذا القانون- (إلا أن نسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية، ينقلض الأصل المقرر في المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التي تقرر للشروع في الجناية عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التامة؛ وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجلع التي يعاقب على الشروع فيها. وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوماً بالتالي أن يكون البدء في تنفيذ فعل بقصد إثبات جناية أو جحفة، مساوياً في أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من القواعد العامة في قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع في تفسيره، ويتعين بالتالي أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تنفذ للمساواة التي فرضتها، بين عقوبة الجريمة التامة والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التي لا يجوز أصلاً توقيعها إذا وقف الفعل عند حد الشروع.

٦٣٥- أن حاطا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين في كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء في جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تختلف في إجراءاتها وطبيعة القواعد التي تطبقها<sup>(١)</sup>. بما لا يوفر للمتهمين المائلين أمامها لحد إلى حد من الحقوق التي تحول ضد إعلانهم. وهو ما يفصلها واقعا وقانونا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتي:

أولاً: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء في مجال تقريراتها الواقعية أو في إنزالها لحكم القانون عليها، لا يفتح به طريق الطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى في موقعها من التنظيم القضائي القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التي صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقا لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التي تخول رئيس الجمهورية -وبوصفه قائد أعلى لقواتها المسلحة- سلطة التصديق على الأحكام القضائية التي عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون، والتي تنحصر في ذلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة. وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط وللضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره في ذلك. وهو ما يناقض القواعد المسلم بها في القانون العام التي لا تجوز التفويض في التفويض.

ثانياً: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغفل بيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين فوضهم رئيس

(١) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه طبقاً للقانون.

الجمهورية في ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق.

إذ يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط إيداع العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بعقوبة أقل منها؛ أو إلغاؤها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى<sup>(١)</sup>.

ولئن خول هذا القانون الضابط المصدق، بأن يعدل -على النحو المنقّم- من العقوبة المقضى بها في الأحكام التي لا يدخل التصديق عليها في اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانوناً بأن يورد أسبابها لتحديده العقوبة المحكوم بها، إلا إذا ألغى الحكم مع حفظ الدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثاً: ولما كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعيها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفاً، مستهضاً بها رقابة حقيقية -لا تحكيمية- تباشرها سلطة التصديق على الأحكام التي تعرض عليها للتحقق من صحتها في قراراتها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعتبر بالتالي سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فإن توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التي حددها للقانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التي تقضى بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، ما لم يبدل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يخففها أو يخففها حتى تدخل في نطاق العقوبة التي يجوز أن يصدق عليها.

وهو ما نراه مخالفاً للمستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -بقرار يصدره- محل رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق

<sup>(١)</sup> يلاحظ أن سلطة إيداع العقوبة أو تخفيفها أو إلغاؤها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مخولة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية للضابط المصدق. أما سلطة رئيس الجمهورية في التصديق المبينة في المادة ٩٨ من هذا القانون، فمخولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطاً مصدقاً.

التي يباشرها وفق القانون؛ كان ذلك عدوانا على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكن لها خصائصها.

فضلا عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بنائها. فإذا وزعها المشرع بين جهتين، نعين ألا يتداخل.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تباشر وظيفتها في مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التي قام عليها ولما قللونا، لنقوم اعرجاجها إذا بان لها قصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التي لا تنقيد مباشرتها بضوابط يلتزم بها من يباشرها. وإنما هي سلطة تقديرية مطلقة يعدل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفق هواه، أو وفق الأوامر التي تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قيداً خطيراً على الحرية للشخصية.



### المبحث الثالث عشر

#### تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية معيباً في صياغته، قاصراً عن ضبط معانيه، وربطها بما يكفل اتساقها وتوافق عناصرها. فلا تكتمل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقيم بنيانها، وتوجيهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قوامها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها في إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوهرية التي تكفلها للخاصين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لقواعد القانون العام<sup>(١)</sup> وتعرضهم على قضاة يعينهم القادة في وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم ويذل من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضائهم الطبيعيين الأحق بالفصل في جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيداً في النظم العسكرية، أنها تخول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تتفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أولاً يدخل في اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها قانونها -دون غيرها- بالفصل في كل تنازع على الاختصاص، إيجابياً كان هذا التنازع أم سلبياً<sup>(٢)</sup>.

وكان يتعين بالتالي أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اوج منها سواء في مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائعها وتطبيق حكم للقانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن في الأحكام -وعلى ما قرره المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذي أعدته لجنة المصين على ما يأتي:

"لا يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادي. وتختار المحاكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحاكم مدني أمام المحاكم العسكرية" كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن "ينظم قانون خاص المجالس العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها حين يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المجالس اختصاص إلا في الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة".

(٢) ما يمر عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل في اختصاصها أو لا يدخل، يدل على استخفاف الصكرين بالمدنيين وبالنظم التي يحكمهم

وإنما هي في واقعها أوثق اتصالا بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائدا أساسا إلى لفتح هذه الطرق أو انغلاقها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم للقانونية في مجال النفاذ إلى فرصها<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طريق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مصلحتها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إدالا أو تخفيفا أو إلغاء- أو نفيها، دون أن تنقذ في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع سلفا لضبطها. خاصة وأن القاتمين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالبا، ولا يعنهم في الأحكام التي يصدرها، وجه إخلالها بالحرية للشخصية التي لا يجوز إسدال خمار عليها لطمسها؛ ولا إيهاتها من خلال انتهاكها بنير حق، وإنما يرتكب تصديقهم عليها بقدر تعبيرها عن السياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحدتهم، ولو نقض هذا التطبيق، أوضاع للنظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تفقر في تكوينها إلى ضمانات استقلالها عن القادة الذين يعينون قضائهم، وإلى تجردا عن الانحياز لغير الحق، ما دام قضائهم من الضباط -تابعين عملا لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنبون إغصائهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلا عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوءها خطاها.

وكثيرا ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطي الدعوى الجنائية التي تفصل فيها، حقها من الأناة حتى تحيط بها عن بصر وبصيرة، ولو أضرب ذلك بحقوق المائتين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعاونة الفعالة التي يتوقعونها من محاميهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيرا ما تؤثر بدرجة خطيرة في مركز المتهمين إذا ما حجبا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجية يكونون خلالها وراء جدران منغلقة.

(١) "مؤتمرية عليا" القضية رقم ٩ لسنة ١٦٤ قضائية "مؤتمرية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٧ ص ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن النظر إلى سلطة الردع بوصفها محورا لها، مؤده اندفاع الفصل فيها فى غير تمهل واختصار لإجراءاتها واختزالها، بما يقتضها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبسر يناقض محاكمتهم بطريقة منصفة يناقيا تسرع فى إجراءاتها ينطلق بها فى غير تبصر؛ أو بطء ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتضى، وعلى الأخص كلما كان هذا التأخير مقصودا أو جسيما. وإنما هى بين هذين الأمرين قوام ليكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو نقل عما يعتبر حدا زمنيا معقولا لتقدير وقائعها؛ وفحص أوجه الدفاع فيها؛ وإزالة حكم القانون عليها؛ وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل فى الاتهام الجنائى، تفترض، فلا يكون إثباتها مطلوبا<sup>(١)</sup>.

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع فى الفصل فى القضايا. ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تعجيلها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها، إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضى كذلك أن يكون الفصل فيها متراخيا دون مقتضى، إذ يتعين أن يتوافر لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تفریط أو إفراط.

وتلك هى الفريضة التى لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها<sup>(٢)</sup>. وهى فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة أمر لا توجيهية، فلا يترخص أحد فى القبول بها أو إهدارها. والنظم القانونية جميعها بما فى ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها للنزول عليها حتى يطمئن كل متهم على مصيره. فلا ينقر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا؛ ولا بقضاء متوان تخاذلا.

ولم يكن غريبا فى إطار المفاهيم التى تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقرر محكمة النقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا- أفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه؛ وأن ما تقررر المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هى التى تحد ما إذا كان الجرم داخلا فى

(١) المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ فى ١٩ فبراير ١٩٩٨.

(٢) انظر فى ذلك بلد ١٠ من ص ١٦ من مقدمة الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو ١٩٥٦ حتى آخر يونيو ١٩٩٨.

اختصاصها أم لا، يناقض ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون<sup>(١)</sup>.

٦٢٨- على أن للنظم العسكرية في الدول كافة، تردد صرامة تطبيقها في زمن الحرب التي تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يتهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضباطها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التي تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التي ينبغي أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التي يصدرونها لها بصلابة لا تقهر، ويطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش واقعا فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاونها أو تحالفا مع جيوش أجنبية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسئوليتها في إطار قواعد القانون الدولي العام التي تحكم الحروب التي تطلقها إحدى الدول أو تشنها. فلا تعتبر شئونها عملا داخليا، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية في مجال إعلانها أو شنّها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنا دوليا يقيد الوطن في نتائجته القانونية، سواء في الدول البسيطة، أو على صعيد الدول الفيدرالية التي تتعقد سلطة الحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسؤولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتأثيرها كسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حربا عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولي العام؛ ولتكون حربها الدفاعية واقعة في إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن التدابير الدفاعية قد تقتضى أحيانا حربا هجومية لكسر شوكة العدوان في معقله، ومطاردته في قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية في بدء حركتها من جهة؛ وما تؤول إليه في تطورها من اقتلاع العدوان من جذوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التي لا تفلح القواعد القانونية في إيجاد حل لها، وإنما تتدخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

(١) 'محكمة القضاء' - الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٥٦ قضائية - جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ - السنة ٣٨ - جنائي - جزء أول - ص ١٩٤.

الباب الثالثالقوانين الجنائية وصلتها بالحق  
في الحياة وفي الحرية وفي الملكيةالفصل الأولالرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائيةالمبحث الأولالضرورة الاجتماعية مناهج التجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبلدنا الجماعة وقيمها، تماسكها حتى لا تنفطر.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم؛ وفي صلاتهم ببعض؛ إلا أن القوانين الجنائية تغارق غيرها من القوانين، في أنها تحدد للمخاطبين بها وبصورة جازمة لا تحتل تأويلاً - ما لا يجوز القبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية *Socially intolerable conduct*؛ وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها.

فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره<sup>(١)</sup>.

٦٤٠- وصار من المعلم ألا يتطرق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي؛ ولا أن يكون الجزاء منافيًا بقسوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهيناً بما يهدر أمانة الفرد.

وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، محدداً وفق الضرورة التي شكل المشرع على ضوءها بنين الأعمال التي أتمها. فإذا كان الجزاء منافيًا قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها، ذلك أن الجماعة لا توثق عراها بروابط مادية تضم

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١٠ - من ٤٠٥ من الجزء ٢ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظلمها، وضوابط السلوك تصوغها؛ فلا يكون تخليها عنها، أو تفريطها فيها، أو ترخيها فسى الحمل على النزول عليها، غير إيدان بتصدع بنين الجماعة ذاتها.

وإذا كانت المفاهيم للمتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التي لا تقبل التغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها في شأن ما تراه سلوكا مقبولا أو مرفوضا من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ في اعتبارها لمرين يقاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحيانا داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الأكيدة لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of particular social interest

وثانيهما: أبعاد النزعة الإجرامية للجنة ودرجة خطورتها The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة للجماعة تقرر أهميتها في زمن معين، ولا يصلح لضمائنها غير الجزء الجنائي؛ فإن الاعتبار الثاني يركز على الفرد من جهة سلوكه مواخذ عليه جنائيا كلن مقصودا من جهته حين أتاه، ودالا على توجهه إلى للجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذي يفرق بين الجناة الذين لا يتمثلون بداهة في نشاطهم أو بيئتهم، ولا في الأوضاع التي دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صوبهم بالتالي فسى نماذج مغلقة لا يربمون عنها، وكأنهم من قوالها التي لا تتبدل، والتي يصيرون بإفراهم فيها، فريقا واحدا يتولق أفرادها في ظروفهم، ويلتفون فيما بينهم في نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عنيها؛ وبالإرادة نفسها، سواء في قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانونا، أو في درجة توجهها إلى نتيجه.

فلا تتباين خيارتهم، ولا تتحدد طرائقهم في الحياة. وإنما هم سواء في نظرتهم إليها، وفي تقييمهم لعوامل الخير والشر فيها؛ وفي قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ووسائل التجهيز لها وتدابيرها. وليس ذلك من الحقيقة في شئ، فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مقارفيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض بطراً على حياتهم بما يبدلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقياً بالتالى أن تزوج القوانين الجنائية بين امرين: أولهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية للكامنة وراء الملوك منظورا إليها من زاوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة للشخصية لنوزع الشر والحدوث التى تصور الحالة الذهنية للجاني لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص -فى المفاهيم التقليدية القديمة- يعتبر مسؤولا عن كل فعل أشاء إذا أضر بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكا مقصودا دالا على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية فى تطورهما الراهن، تولى اهتمامها لتلك الحالة للذهنية كأحد العناصر الشخصية التى يتعذر فصلها عن الجريمة فى مادتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطرا من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقا أشمل وأعمق فى الحالة الذهنية التى كان عليها الجاني حين ارتكابه.

ذلك أن هذه الحالة هى التى تنشئ بقدر إدراكه للقيم التى تخلى عنها، ودرجة وعيه بالأفعال التى ارتكبها، وخطورته بالتالى على الجماعة التى يعيشها.

فلا يكون الجزاء الجنائى غير تقدير من الجماعة لتكبير نراه كافيا لقمع الجريمة، أو للتقصاص من فاعلها. وهو جزء يرتبط بقيم الجماعة التى ترتد بعض جنورها إلى الدين، لتقبل هذه القيم فى مجموعها إطار القوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التى توجهها.

ولئن جاز القول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ وأن معاييرها غير ثابتة؛ وأن بعض ملامحها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغايرها؛ وأن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما يدال من القيم التى يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية فى الحياة، وما تتوخاه من ضمان حق الناس جميعهم فى الرخاء الاجتماعى، وتحقيق السعادة التى يملكون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تمثل إطارا نهائيا للقيم التى تعكسها القوانين الجزئية، ولا أن تفرض عليها تساهلا أعمق، أو تسامحا أبعد فى مجال القيود التى تقتضيها من الأفراد فى سلوكهم داخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تزال في أساسها قوانين للقيم الخلقية التي ارتضتها الجماعة، والتي يتحدد على ضوئها ما ينبغي أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل من زلوية اجتماعية Do's and dont's ليفرض القضاة هذه القوانين في أولمها ونواهيها، على من يخالفونها بكل القوة التي في أيديهم<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal law, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and quidelines, 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.



### المبحث الثاني تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- اقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألغها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحريق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتدخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في النفاذ إلى الحقائق العلمية التي تنتوع على ضوءها أشكال الجريمة، وأدواتها وطرق إخفائها؛ بل وتنظيمها في إطار معتد، وبقاعدة أعرض.

وصار ينظر إلى الجزء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلاً عن صور الجزء القاصرة التي ينص القانون المدني عليها، وأداة لا محيص عنها لحمل الجناة المحتملين على التقى على الجريمة، إذا قدروا أن ما يضمنونه من فائدة منها، أقل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- وتظل القوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفاً من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قار فوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، ونهاية عنها في أن ولحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة لإصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيرا عن طغيان السلطة؛ وإنما يقيمها على موائها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظمها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضرباً من الخيال؛ ولا لفتحاً غير متبصر لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي؛ وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- وبراعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوماً أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحيانا أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرهاباتها التي تنبئها بها، ولكنها تترأخى عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تنقضها، ولا أن تتأخر عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظورا في تحديدتها إلى أوضاع الجماعة ومتطلباتها- هي التي يتعين تمييزها عما يطرأ عليها من عوارض لا تصيبها في صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛ ولكنها تكون محدودة في أثرها، موقوتة في زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مألها إلى وزال. وليس لها بالتالي من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية التي يتعين أن تظل سارية لأجل معقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من دوامها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل نكبتها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها ما يقتضى التدخل بالجزاء الجنائي لتأمين المصالح الحقيقية التي ترتبط بها، من العدوان عليها.

ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التي تقوم عليها النظم الجنائية، آخذة كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا بصوغ المشرع هذه النظم كإداة توجيه السلطة السياسية لإقناع خصومها؛ ولا لقمعهم اجتماعيا؛ ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها. ذلك أن النظم الجنائية منظومة تتكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظورا إليها في مجموع أفرادها<sup>(١)</sup>.

(١) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition, pp. 339 - 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonsthan D. Varat, Constitutional Law, Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter, Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 - 100.

### المبحث الثالث

#### الجزاء الجنائي - من منظور عام

#### المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس الجزاء الجنائي إلا عقابا واقعا في إطار اجتماعي. وكلما كان قاسيا صار محظورا. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معاقبا عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائي لإيلافا في غير ضرورة، مسواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التي يتم تنفيذها بها بعد النطق به. وهو بذلك يتصل ببعض نواحيه، بالكيفية التي يعامل بها المحتجزون في أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخيا، إلى وثيقة العهد الأعظم Magna Carta<sup>(٢)</sup>. وصار العمل به جزءا من القوانين المعمول بها في إنجلترا بعد إدراجها في وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩<sup>(٣)</sup>؛ وكان ما توخاه ابتداء هو مواجهة بعض صور الجزاء التي كان معمولا بها آنذ، والتي تنتم بطبيعتها البربرية التي يتدرج تحتها عرض المدانين في مكان عام تحقيرا لهم واستهزاء بهم، واستزاع أطرافهم، وفصل أعناقهم Decapitation، وتمزيق أبدانهم<sup>(٤)</sup>.

(١) حظر التعديل الثامن للدستور الأمريكي توقيع أية عقوبة قاسية وشاذة. Cruel and unusual punishment. انظر في معنى العقوبة القاسية.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1958, pp.383-420.

(٢) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥) على ما يأتي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence.

وترجمتها: "مقابل الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقا لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة وفق جسامتها. لهذا هو مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة".

(٣) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في إنجلترا لعام ١٦٨٩، على ما يأتي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

(٤) كانت أغلب الجلبات يعاقب عليها في إنجلترا بالشنق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة- كان يجوز تمزيق جسد الشخص إلى أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المذنبين في ميدان عام بعد ربطهم من أعناقهم وأيديهم. وكان الجلد كذلك شائعا في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياء عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهوما أن العقوبة لا يجوز أن تكون غلوا مجاوزا حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر قسوتها، يتدمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإقراط في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨<sup>(١)</sup>.

فلا نكون إلا أمام شيء واحد، هو العقوبة القاسية التي ترفضها المفاهيم التي ألفتها الأمم المتحضرة في مجال النظم العقابية.

وتقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جنتها وحدها Perse منافية لهذا الحظر؛ وأن قسوتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انقراط تناسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التي ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التي تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التي اختارها للقاضي في إطار حدين تقررا بنص تشريعي، ليس كافيا للحكم بمستوريتها؛ وأن قسوة العقوبة، وإن كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مرافقة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها في موازين الدول الديمقراطية. وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم في مجال العقوبة، وجعلها قيدا عليها تصوبها وتقيدها من غلواتها.

وارتبط للنظر في دستورية العقوبة بالتالي، بقدر توافقها مع حقائق العدل؛ ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التي التزمها الأمم المتحضرة، والتي تكل على ارتفاع وعيها وحسها، ونضجها.

### المطلب الثاني

#### معايير قسوة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة أو لينها، وإن نعين أن نقرر:

(١) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطلة بالكرامة.

أولاً : أن وجود عقوبة الإعدام في بعض النظم، وإمكان توقيعها في نطاقها، لا يخول السلطة التشريعية أن تبتدع من خيالها أية عقوبة تراها دونها<sup>(١)</sup>.

ثانياً : أن العقوبة التي يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء أرق المشاعر وأعماقها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعها على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التي ألفوها ودرجوا عليها في وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التي يفرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيعها في حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٢)</sup>.

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not "fit the crime" to which it was attached.

### المطلب الثالث

#### معايير سوء العقوبة تنصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بمستورية العقوبة التي وقعها المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منبها لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أدين بالجريمة لمخاطر جوهرية، وواجه أولها من المعاناة لا قبل لأحد بتحملها أثناء تنفيذه للعقوبة المقرر لها؛ قولا بأن دستورية العقوبة تتحسم بصورها وفق الدستور، أيا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القبول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستعدهم وتحطمهم بعذابها بعد صبه عليهم، أمانة من أن السلطة للقضائية لا تقحم نفسها عادة في أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التي وقعها السلطة القضائية في شأن شخص معين أدين بالجريمة، تحمل معها قيودا تلال من الحرية للشخصية. وأن المذنبين بالتالي لا يملكون غير الحقوق التي تكلفها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتردد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض في القائمين على إدارة السجون، توخيهم تحقيق الأغراض التي تستهدفها النظم العقابية. وهي أغراض يحبطها تدخل السلطة القضائية في كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تغتفر اليوم إلى مؤيديها. ذلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التي يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على نزلاتها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

(١) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.

(٢) See, Ropert F.Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition.P.339.

يتعين موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضارون في ألبانهم أو عواطفهم تعديا عليهم ما فشتوا مدعين بها<sup>(١)</sup> ولئن جاز بالتالي استعمال القوة لإنهاء تمرد في السجون، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للمستور إلا إذا تم بسوء قصد، وبطريقة سادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن الضرر الذي أصاب المسجون جسديا<sup>(٢)</sup>.

ومما ثابتا بالتالي أن أوضاع المسجون يتعين مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تضيفها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها؛ لا يجوز القبول بها؛ وأن للمدنيين حقوقا لا يجوز الإخلال بها حتى أثناء سجنهم؛ وأن معاملتهم داخلها بصورة تصفية، بشملها مفهوم العقوبة القاسية المحظورة دستوريا؛ خاصة إذا أعيقوا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإدعائهم عرايا في زلزينهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا يعنى ما تقدم أن تحل السلطة القضائية محل القلمين على إدارة السجون فى أعمالهم، ولا أن تتدخل فى طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيه المعايير المنطقية التى يقتضيها إشرافهم على السجون المعمود إليهم بإدارتها. وهو ما يتحقق كلما عاملوا نزلاهما بما يتمحض عن إعانتهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى التخلي عن حمايتهم من عدوان رفقاتهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤذيه أحد أيا كان موقعه؛ ولا إرهابهم بما لا طاقة لهم به؛ ولا إنكار حقوق عليهم تزيد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلى ما دون الحد الأدنى من احتياجاتهم التى تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما يتلفها. ذلك أن الإخلال بأقل قدر من الحقوق الجوهرية التى كفلها الدستور لهم، أسوأ أثرا من أن يظل شخص راجحة خطورتك، مطلق السراح.

ويتعين القول بالتالي بأن الحقوق التى يجوز حرمان المسجون منها هى فقط تلك التى تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض؛ فإن القيود التى تفرضها السجون عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا من العقوبة مضافا إليها، بما يصممها بمخالفة للمستور بالنظر إلى مجاوزتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعتهم فى اقتضاها.

(١) Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v.Finney, 437 U.S. 685(1978).

(٢) Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذا كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع في نطاق الأغراض التي تتوخاها النظم العقابية، فإن كل إجراء يتخذه القائمون على إدارة السجون لحصلهم الانصياع للقانون والتقييد بأوامره ونواهيه، يعتبر خطوة حيوية في اتجاه إدخالهم حياة جديدة يعافون فيها الجريمة بعد الإفراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض الدستور والقانون، إذ ينبغيهم تحكم إدارة السجون فيهم، وتسلطها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحياة الجديدة التي يأملونها.

بل إن معاملتهم في السجون بما ينقض حكم الدستور والقانون، يعادل في أثره فرض عقوبة قاسية عليهم بغير مبرر. وبالتالي لا يكون لإبداعهم بها من مقتضى.

ذلك أن القائمين على إدارة السجون، يفقدون الحق في احتجاز المذنبين داخل أسوارها، إذا حجبوا عنهم حقوقا يملكونها وفق الدستور والقانون، وكذلك إذا أساءوا معاملتهم من خلال إهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

### المطلب الرابع

#### صور من العقوبة القاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولا : أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تقف بصورة ظاهرة، تنسبها مع الجريمة محلها وذلك بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها<sup>(١)</sup>.

(١) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Salem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unusual punishments clause, prohibits not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportionate to the crime committed.

انظر أيضا:

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191U.S.126, 135-36(1903); Weems v. United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل عام، لا يسوغ توقيع عقوبة عليها مدتها السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاما يقضيها المسجون مقيدا بالسلاسل الحديدية في قميصه ومعه صيد فضلا عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمراقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانياً: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يدرج تحتها في الدول الفيدرالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ اندفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعتها القضاة علي مجرمين آخرين داخل حدود الولاية فني شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عينها في الولايات الأخرى.

ثالثاً: أن العقوبة القاسية شأنها شأن الغرامة المغالي فيها، كلاهما يتحصن غلوا ويبلور بالتالي سلطة مطلقة Unrestrained power. غير مقيدة بقيم العدل التي لا يجوز التخلي عنها.

رابعاً: لا يجوز معاقبة شخص لأمن تعاطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزاء علي حالة مرضية تتصل به، وتصله عضوياً علي الإغراق في تناول الخمر Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقترب بأفعال ألتاها تشكل في مفهوم القوانين الجزائية سلوكاً معاقباً عليه قانوناً ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جزائياً" علي حالتهم هذه التي لم يصحبها إتباتهم أفعالا جرمها المشرح. وكل جزاء علي حالة قائمة أيا كان سببها Mere status يعتبر قاسياً ، ولو كان لمدة قصيرة (١).

خامساً: لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستورياً، بالنظم المدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظرها الدستور تقتض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناة المدانين بارتكابهم لجريمة.

٢. حظر كل جزاء يخل في إطار المفاهيم المعاصرة- تتناسب بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.

٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقابها. وتلك جميعها ملائمة لتفرد بها للنظم الجزائية (٢).

(١) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

(٢) Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 667 (1977).



سادسا : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره العقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها. كسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لعائلته، كالصدمة الحنيفة أو الآلام النفسية أو الخسارة الفادحة التي ألحقها بها. إذ يجوز أن يدخلها القاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها<sup>(٢)</sup>.

سابعا : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاسيا بالنظر إلى الآثار المدمرة التي يربتها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء معقولا ومبررا بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر<sup>(٣)</sup>.

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(١) California v. Brown, 479 U.S. 538 (1987).

(٢) Payne v. Tennessee, 510 U.S. 808 (1991).

وقد عدلت المحكمة على حكمها في القضية المابقة وذلك في قضيتها.

Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

(٣) Frank Iacobucci, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review - A Comparative Perspective 1994, volume 34, p.120.

### المبحث الرابع المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من النظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها<sup>(١)</sup>.

وهي تبلور الحق في الفصل في حكم الله تعالى. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتتسم بالمخالأة، وأن توقيعها يتطرق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون الموارد الكافية التي يتهيأ لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة القانونية بين المعوزين والقلدرين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بـنزق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا<sup>(٢)</sup>.

إلا أن لوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع على ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا على الجناة الذين يعمدون بأفعالهم إلى إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Per se للمستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة أمره لا يكون للقاضي معها ثمة خيار في توقيعها أو إيدائها بعقوبة أقل.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للمستور إذا لم يحط المشرع فرضها بضوابط تنفي التحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون على أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتهم لضوابط هذه العقوبة وموازين أعمالها حتى لا تعرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها القاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. وتظل لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدول التي يتجه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، وينظرون إليها بالتالي بوصفها جزءا ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة الرقابة على الدستورية، تستعاض عن تقدير المواطنين ملازمة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسيما. وأن الأصل في تلك العقوبة - شأنها في ذلك شأن كل جزء جزائي - أن تحمل معها قرينة الصحة التي لا نسقطها - في مجال الرقابة على الدستورية - غير براهين قوية على مخالفتها للمستور.

(1) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statements of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكلما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فصبيه أن تكون تلك هي رؤياه في شأن أكثر الجرائم خطرا وأشدّها قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للدستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة علي الدستورية اهتمامها توفيقا للتحكم في إلزالتها علي الجريمة، وحتى يوقعها القاضي في إطار موازين تشريعية مصنفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبها وظروفها.

فضلا عن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها. بل إن من النظم للجنايات ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاهما: تلك التي تنطق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانيتهما: مرحلة للنطق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تخلفها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام بمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبة أو غير مبالية. ذلك أن القتل جميعهم يبدون في هذه الصورة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين كذلك أن يدخل للقاضي في اعتباره -وقبل توقيعه لعقوبة الإعدام- طبيعة الجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التي لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيعه لهذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطقيا<sup>(٣)</sup>، قائما على النظر في الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التي تتصل بمرتكبها<sup>(٤)</sup>.

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا فرضها المشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسهم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

(١) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).

(٢) Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)

(٣) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 ( 1978 ) at 604

(٤) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976); Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104, 110 (1982).

ويلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التي يجوز أن يستخلصها القاضي من قرائن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإحصائية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة . ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هي محل تشريع يبوّخ حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام . فإذا وقع للجاني في الدائرة الضيقة للجناة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فليس على القاضي بعدئذ أن ينظر في سجل الجاني وكافة الظروف ذات الصلة بالجريمة التي ارتكبها.

عليها، بما يجعل توقيفها منطويا علي إحداث آلام لا مبرر لها، ومعاناة لا فائدة منها  
Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

وتبطل هذه العقوبة كذلك إذا اختلف تناسبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة محلها.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع فسي  
القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فعلية، ولم يكن يعنيه كثيرا أن  
يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون القتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني بكامل الأهلية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها والنطق بعقوبة  
الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذ هذه العقوبة يتمحض عن  
هضوة ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغراض التي تستهدفها  
القوانين الجنائية. وهو كذلك ينافي وثائق إعلان الحقوق<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصاء علي  
منافاة هذا التنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدستورية،  
وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاسية إذا  
كان هؤلاء يفتقرون إلي الأهلية الكافية التي يقدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلون في  
زمرة مختلفة عن الملتأئين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة  
التهمة والعمل علي حضاها<sup>(٢)</sup>.

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تفريد العقوبة الخاصة بهم علي ضوء خصائص  
تكوينهم العقلي وظروفهم الشخصية، ولوضاح الجريمة التي قارفوها. ذلك أن تخلفهم عقليا،  
يعتبر ظرفا مخففا ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، مثلهم في ذلك مثل الجناة الذين تعرضوا في  
طفولتهم لاغتصابهم جنسيا أو لغير ذلك من مظاهر سوء استعمال السلطة الأبوية Abused  
Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلي  
القصر الذين بلغوا السابعة عشرة أو السابعة عشرة<sup>(٣)</sup>.

(١) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

(٢) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 335 (1980).

(٣) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقولية العقوبة، اجتهدا قضائيا، ومفترضا أوليا لضمان تدرجها وتناسبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العدل التي تعطىها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة. ويتعين أن يكون واضحا في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تكل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment is not necessarily a cruel one.

ذلك أن نقلها قد يكون تقديرا منطوقا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولئن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها على افتراض موافقتها للمستور على تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطاق العقوبة الملائمة للجريمة؛ إلا أن هذا الافتراض يخل بسد كل عقوبة لا تألفها الدول بوجه عام في شأن مقاييس التجريم محددة على ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتدال، بقدر مصلحتها للقيم الخلقية لأوساط الناس على ضوء النظرة التي يتدرون بها ما يعتبر حقا وملائما في شأن جريمة بذاتها في إطار كافة ظروفها<sup>(١)</sup>، ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهرا بوجه عام بالنظر إلى خروجها على الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

ومن المتصور أن يغلظ المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرهما وسوء عواقبها ما يقتضي أخذ جنائنها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضي فيها كجرائم القتل والمسوقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، ومواقعة امرأة جبرا، واختطافها، وجرائم الدعارة. على أن يكون مفهوما في كل حال أن قابلية العقوبة للعفو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها؛ وأن الغرامة المفعالي فيها شأنها شأن العقوبة التي يجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تتلقض بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها التجريم، تفقر بالضرورة إلى مبرراتها؛ وأن المعاملة غير الإنسانية -كذلك التي تتعلق بالتحقيق مع المتهمين

<sup>(١)</sup> Weems v. United States (1910) 217 U.S. 349.

<sup>(٢)</sup> جرد أحد الجنود الذي كان قد هجر وحنه العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها، باختياره، من صفته كموطن. وقد تبين للمحكمة العليا للفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من الغلظة، لا مبرر لها إلا في دولتين اثنتين فقط.

Trop. V. Dulles (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصيرا أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citizenship is a fate worse than death.

وهم والقانون أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مدداً طويلة أو منقطعة - شأنها شأن العقوبة التي تغتفر إلي عناصر تتناسبها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، إن تجر وراءها غير معاناة عقيمة في فائدتها تتلقى جوهرها - بصورة فجأة - موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم<sup>(١)</sup>.

#### وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:

أولاً: أن لكل شخص قيدت حريته على وجه أو آخر، حقاً كاملاً في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيود على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق التي يطلبها وفقاً للقانون وفق شروط منطقية تستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

ثانياً: أن حق السجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إيداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير معقولية النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التي تستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وقد لا تكون العقوبة التي يفرضها المشرع أو التي يوقعها القاضي، مخالفة في ذاتها للدستور. وإنما تتأتى قسوتها، أو منقافتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التي يتم بها تنفيذها، خاصة من القائمين على السجون الذين يتعاملون بظلمة مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم عذاباً متعدد الأركان، متزعين في ذلك بأن للسجون نظمها التي لا يجوز أن تختل توكيلاً لتمررد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتياد لا يمسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن آدميتهم تسمو فوق كل اعتبار.

ثالثاً: وكلما صدر علو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو يغير الوسائل القانونية السليمة التي يندرج تحتها حق الدفاع، ينقض الدستور.

(١) O' Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قضى بأن من المغالاة توقيع عقوبة الإعدام على من أغتصب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وأن الأصل في عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وغتوا العزم عليه.

رابعاً: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من المملوكين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم المحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزاً مخالفاً للمستور.

ذلك أن العقوبة التي تقدرها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -أياً كان نوعها- من الممائل التي تتخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يقدّم دليل على انحرافها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضام إلى بعضها، وترجح إساءتها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامساً: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من الممائل التي تثير جدلاً عميقاً حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها؛ إلا أن ثمة صوراً من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شفاً أو رمياً بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad؛ إلا أن تعريض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي لأصابع الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملاً مخالفاً للمستور بالتالي.

سادساً: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التدمير الكامل لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها. ويندرج تحتها تجريد من حقه كمواطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تعذيبه، وأساءة أضرأ، إذ يصير بسببها عديم الجنسية، فضلاً عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافيقها مع المعايير التي لزمته الأمم المتحدة لضمان إنسانياتها.

سابعاً: إذا كان الشخص عاقلاً وقت إتيان الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، بتعين وقتها إذا فقد قواه العقلية أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادراً على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذه بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملاً انتقامياً.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعنيه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه؛ إلا أن مسؤولية الفرد عن الإخلال بها، حدها إرادة اختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزاء على الأفعال التي أتاها، يصير منتقياً.

ثامنا : وكما ادعى محام أن موكله فقد قواه العقلية<sup>(١)</sup>. فإن الوسائل القانونية المسليمة تقتضى ألا يعهد بالفصل فى هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية فى تكوينها، أيا كان موقعها. وإنما يتعين أن يتولاه أخصائيون يثبتون فى نطاق علمهم، تولف عامة العقل أو تخلفها. وإن جاز القول بأن المتصود بعامة العقل فى هذا المقام، هى تلك التى يصير بها الشخص عديم التمييز؛ وأن المتخلفين عقليا Mentally retarded people، لا يعتبرون كذلك، على تقدير أن تضلّل قدراتهم العقلية لا يعنى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وقت ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يعتبر إعدامهم بسببها جزءا منطقيا. وكذلك الأمر إذا كان الشخص حدثا. إذ يكون ناقص الأهلية وقاصرا عن التقدير الصحيح والمتوازن لحقيقة الأفعال التى ارتكبها.

تاسعا : وقد يؤخذ فى تحديد قسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، وقتل وطأتها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عن الجريمة عنها فى الدول الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

عاشرا : وكما كانت العقوبة المحكوم بها واقعة فى حدود الدستور، فإن نقضها لا يجوز، ولو فرض القاضى فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أثل خطورة من الجريمة الأولى. ذلك أن بيد كل قاض وفقا للدستور، أن يقرر فى حدود منطقية، مبلغ العقوبة فى الحدود التى لأن المشرع بها، فلا يرقبه أحد فى اختيار جزء دون آخر كلما كان هذا الاختيار جائزا تشريعا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة سواء ما تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التى لا يستهان<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا وتكلم المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يسود إليه رشد.

(٢) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

(٣) كان قد قضى فى جريمة اختطاف ارتكبها جان بعقوبة أثل فى جريمة قتل بالرغم من التولية أسوأ من الأولى.

See: Williams v. Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v. Georgia 433 U.S. 584 (1977).



### المبحث الخامس

#### الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها

٦٥٣- يتعين الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة وبين التقدير القضائي لها ممثلاً في مبلغها وفقاً للقانون، والتقدير القضائي لها. ممثلاً في تفريدها.

ذلك أن تفريد القاضى للعقوبة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا ينفصل عن المفاهيم للمعاصرة للسياسة الجنائية. بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التفريد بعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها. ولا يتصور بالتالى أن يكون إنزالها بنصها على الواقعة الإجرامية محل الاتهام، ملائماً لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يشاتلون في خصائص تكوينهم ولا في بيئتهم؛ ولا فى قدر ثقافتهم أو تعليمهم؛ ولا فى نطاق ذكائهم أو استقلالهم، ولا فى نزعاتهم الإجرامية التى لا تجمعها وحدة تقارب أجزأها. وإنما يتكرجون بين الاعتدال والإفغال فى إجراسهم؛ بين وهن نزعتهم الإجرامية أو قضاها.

ولا يجوز بالتالى صيهم فى نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قوالبها التى يصهورون فيها، فالمنببون لا يتولفون فى خطورتهم ولا فى ظروفهم.

ولا يجوز بالتالى، أن تتحد عقوباتهم، وكأنهم فرد واحد، بالمبول الحوائية ذاتها، والظلفية الذهبية عنها.

إذاً وحد المشرع بينهم بالفراض تولفهم فى ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعاً لجزاء فى غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجبر على المتهمين -هم مختلفون فى كل شئ- ألواناً من المعاناة لا قيل لهم بسها، بعد أن افترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض -سواء فى نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية المألومة التى لا يتصور فى غيبتها أن يكون للحق فى الحياة، ولا للحق فى الحرية، لية قيمة لها اعتبارها.

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زلوية دستورية، مناطها أن يباشر القضاة سلطاتهم فى مجال التخرج بها وتجزئتها، تقديراً من جلابهم لها فى الحدود المقررة قانوناً.

فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانياتها مجبرا لأثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها ويمرئكبها.

فإذا منعهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التي فرضها رأيا كانت دوافعه في ذلك- كان ذلك تخلا في سلطاتهم في تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال اللجنة بمنثنين آخرين ربما كانوا ألدح منهم لإجراما.

وهو ما ينافي حقيقة أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مئتها- هو الذي يحقق الإلزام المقصود بها؛ وأن سلطة القضاء في تقرير العقوبة -ويندرج تحتها وقف تنفيذها- لازمة أن ينها للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عيها إذا كان لهم من سنهم أو خلقهم أو ماضيهام أو طبيعة الجريمة التي ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عونتهم مستقبلا إلى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقيمونها على دعائم من القرائن وعيون الأوراق، ليحدد كل قاض على ضوئها، عقوبة الجريمة سواء في نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذها، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصل في العقوبة، مؤداة تقريرها لا تعميمها<sup>(١)</sup>.  
Individualization of punishment

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- ص ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

### المبحث السادس

#### معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لئن كان الجزاء -جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه؛ وكان جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المسائل التي اهتمت الجدل حولها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تبلور مفهوما للدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها ميكل الجماعة أو حرصها على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما أتاه<sup>(١)</sup>. بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيراً منطقياً عن حدود الاعتدال، علي أن يكون مفهوما أن ضوابط الاعتدال تنتم بالمرونة، وتميل إلى الاتساع بقدر تطور الجماعة، وعلي ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانياً يحفظ للناس كرامتهم. وبوجه عام يعتبر للجزاء قاسياً كلما صدم توقعا معقولا لأوساط الناس، بأن آثار الاشمئزاز العام أو أن كان هجبا، أو حظ من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان منافيا للمعايير التي يكون بها منصفاً.

والطبيعة المتطورة لضوابط قسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضاة Warren القول بأن معنى العقوبة القاسية، يستنبط من المقاييس المتطورة لجماعة ملتزمة، تعبيراً منها عن نضجها ورفقي حصها<sup>(٢)</sup>

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائيا في النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه -في عقل جان محتمل- عما يكون لازماً لحمله على أن ينتهج طريقاً سوياً، لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها. ذلك أن عقوبة الجريمة التي لا تربو وطأتها في عقل المخاطبين بالنظم الجنائية، على مزاي ارتكابها، تحض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالي أن يقرر المشرع مبلغ العقوبة على ضوء خطورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معا.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٢ - قاعدة رقم ٣- ص

٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة في أثرها، أداة عاصفة بالحريّة، تقمعها أو تنقدها بالمخالفة للقيم التي ارتضتها الدول الديموقراطية في مظاهر سلوكها على اختلافها. وهي قيس تظل في ضوابطها المعاصرة، إطاراً للنظم الجنائية جميعها. وإذا كان من المقرر أن الحرية في كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملؤها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تعين موازنة حقوق الجماعة ومصلحتها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي -في أثره أو على ضوء طرائق تنفيذه- مثاقيل للقيم التي لوتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تمحص تعذيباً، أو انتهاكاً في غير ضرورة لحرمة البدن، أو إخلالاً بالعرض<sup>(٢)</sup>، أو إيلا غير مبرر كجرّ الجناة في الطريق إلى مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياء أو تعقيمهم أو إذلالهم، أو تعذيبهم عقلياً أو سبهم بالذات على وجوههم أو أيديهم، أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وأذنانهم أو أعناقهم، أو نزع لظفرهم أو تعذيبهم إلى أجزاء أو إلى شرائح.

٤. لا يعتبر تظليظ عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة العود Habitual offender laws مخالفاً للدستور. إذ ينظر للجناة العائدين على تقدير تأصل الإجرام فيهم، وأن انحرافهم صار عادة ألفوها ومنهجاً متصلاً، وأن الأمل في تقويمهم ضئيل إلى حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لصاية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تعين أن يقرر لإحدهما عقوبة أشد من تلك التي يضعها للثانية، حتى إذا فاضل جان محتمل بين الجريمتين، اختار أكلهما إيلا، انصرفاً عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. يتعين ملازمة العقوبة مع الجريمة التي تخصها في كافة عناصرها وظروفها حتى يزدها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلاً، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطراً أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٩٣ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع الجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إتيان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن للجماعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأمنون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تغريهم بها.

٨. الأصل في العقوبة سـ على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلافا غير مبرر، يؤكد قصورها في غير ضرورة<sup>(١)</sup> Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجافاة العقوبة لضوابط الاعتدال؛ إلا أن من المقرر سـ على الأخص من ناحية تاريخية- أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة لفرد سـ يندرج تحتها صلبه أو إحراقه أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أطرافه أو سحق أعضائه، أو قتله بصورة بطيئة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها للدستور. ذلك أن قيم العدل أو معيشتها وثوابتها، تقتض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتعتبر العقوبة المسترخية في أجلها، والمرهقة في تنفيذها دون مقتضى، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على انعدام تناسبها مع الجريمة.

٩. واستناع الظور في العقوبة، يفترض أن تكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنها وقسطا للدستور والقانون. ولا كذلك أفعال يـرثها المشرع بالمخالفة للدستور، إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها نكفها.

١٠. وكلما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة؛ صار مخالفا للدستور. فالذين يهجرون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير نية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفرع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجند حتى فسـ إمكان تكريمهم<sup>(٢)</sup>. فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تكريمهم.

(١) الحكم السابق- ص ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يسقط كافة حقوقهم، ويعزلهم بصفة نهائية عن مجتمعهم، ويجعلهم هائمين علي وجوههم لا يعرفون لهم مستقبل، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعاناة ويعمق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تتبذره الدول الديمقراطية جميعها.

١١. لئن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منهم بأنها تناقض كرامة الفرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملون عادة بها فقراء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، من خلال توظيفهم محامين متميزين يدفعونها؛ وأنها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يוכלون عنهم أفضل المحامين وأكثرهم نفوذا؛ بما يخل -ضمننا- بشرط الحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد قرروا أن عقوبة الإعدام، قاسية في ذاتها Per se وليس لها ما يبررها، ولا يكتل توقيعيها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكيمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء -وأيا كان قدر وجهاتها- تظل اجتهدا لأصلحها لا ينالض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة في دول كثيرة تحيط توقيعيها بكل ضمانات منطقية تقتضيها حقائق الحل، سواء كان الإعدام شقا، أو تم رميا بالرصاص أو صقعا بالكهرباء، أو قتلًا بالفاز الخانق<sup>(١)</sup>.

وهي عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وفرضها الله تعالى في نطاق الحق في القصاص، وزجر لاهؤلاء الذين يقتلون النفس الواحدة بغير الحق، فكانهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شروط توقيعيها، وأهمها ضرورة أن تؤخذ بقدر كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيعيها في حدود ضيقة؛ وأن تحقق المحكمة في الجريمة من جهة ظروفها والخصائص الشخصية لمرتكبها؛ وأن تدخل في اعتبارها كافة العوامل التي تروشح لتخفيفها، ولو أغفل المشرع بيانها، أو مسها عن تحديد بعضها<sup>(٢)</sup>.

١٢. ولا يعتبر جلد فلاني والزانية عقابا ملائيا حدود الاعتدال، إذ هو من حدود الله تعالى التي لا تقبل تحديلا.

(١) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v. Georgia- 408 U.S. 238 (1972); Gregg v. Georgia, 428 U.S.153 ( 1976 )

(٢)عكس تلك الظروف المشددة التي لا يجوز الأخذ بها إلا إذا نص عليها المشرع، وحدها حصرا، أو بينها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

١٣. كذلك لا يعتبر عقاباً لإبعاد الأجنبي عن غير بلده إذا أدخل بتشريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر الدولة المضيفة. ومن ثم جاز لمواطني الدول المعترية أطرافاً في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، لظعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التي أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجوهرية التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على تعويق العدالة، مجافية للضغط إذا جعلها والعة بين حدين لا يزيد أفضاها عما يعتبر جزاء منطوقاً لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التي يكون مبلغها كبيراً؛ وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لمئين عديدة جزاء عدم دفعها- تعتبر مخالفة للمستور.

١٥. وعلى الجهة القضائية التي تبشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولاً من اتصالها بأفعال يجوز تأنيها وفقاً للدستور.

فإن كانت هذه الأفعال كذلك، تعين عليها بعند أن تنظر في مضمون العقوبة وأثرها، لتحديد قسوتها أو اعتدالها.

فاذا بان لها وحشيتها، أو مناقفتها من أوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تسقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تنصل بها.

٦٥٥- وليس في دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الظوفى العقوبة أو الإقراط في كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين ينبغى ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن الدساتير جميعها تولي اعتبارها ليس فقط للشرور القديمة، وإنما كذلك لما يجد مستقبلاً منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة متطور بطبيعته. وهو بذلك غير منحبس في مفاهيم جامدة. ذلك أن المعاني الجديدة التي تضفيها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا -في مجال تفسيرها المتطور لنصوص الدستور، ونظرتها الواعية لضرورة تطويعها لروح العصر- أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مسئولياتها التي التزمها الدول الديموقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون -محددا مضمونا ونطاقا على ضوء مفهوم ديموقراطي- يقتضيها ألا تنزل بالحماية لادستورية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحريتهم، عن الحدود الدنيا التي تقوم بها متطلباتها التي تواتر العمل على القبول بها في الدول للديموقراطية؛ ولا أن تفرض على متعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التي اوتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمداهما.

ولا يجوز بالتالي أن نقوض الدولة القانونية، فرائض وجودها التي يدرج تحتها صون الحرية للشخصية التي اعتبرت المادة ٤٨ من الدستور حقا طبيعيا. وهي حرية يفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها" تكون مهينة في ذاتها؛ أو معنة في قسوتها؛ أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السلمية؛ أو من شأنها معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup> <<.

٢٥٦- على أن النظر المتقدم، وإن قام على اجتهاد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالى في مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية؛ إلا أن كثيرا من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية<sup>(٢)</sup> La Federation de Russie التي تقضى فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد تحميها الدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أي فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته أو مجازاته بطريقة وحشية، أو محطته بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه -بغير رضاه- لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

وبين كذلك من قراءة القانون الأساسي الألماني -٢٣ مايو ١٩٤٩- أن كافة حقوق الفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه مادته الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها؛ وأن على كل سلطة في الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقدم عليها، باعتبارها أساس تكوين كل

(١) يلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التي تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تسحب من نطاقها العقوبات التي قررها التران الكريم والتي تجادل في قسوتها الدول الغربية، كعقوبة قطع يد المارق.

(٢) ووفق على هذا الدستور في استفتاء تم في ١٢/١٢/١٩٩٣، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٢/١٢/١٩٩٣.



جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتتص الفقرة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra علي أن للناس جميعهم حقا في تكامل أبدانهم وقيمهم الخلقية، ولا يجوز تعذيبهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص علي أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوما في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تتعلق بها، أن تكون الأفعال التي تدخل في تكوين الجريمة، جائزا<sup>(١)</sup> تكليهما، وإلا تعين الحكم بمسقوط الجريمة ومعها عقوبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالي محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات<sup>(١)</sup>. ذلك أن الدعائم التي قام عليها، ومع التسليم بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في منطق حكمها، تنتم باضطرارها وبعدها عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستوريا تأنيها. بالنظر إلي تعلقها بالنوايا الفائرة في دخال النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مؤخذة للشخص علي ارتكابها. ذلك أن العلائق النسبي توهمها للقوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحض ملوكا خارجيا يتخذ مظهرا واقعا. وهي بذلك تعبير عن إرادة إتيان الجريمة. ولا كذلك للنوايا التي لا تبلور ملوكا ماديا خارجيا. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تتخلق للنفس عليها، فلا يعرفها أو يضار بها أحد ما ظل كمونها في الصدور قائما<sup>(٢)</sup>.

(١) تنضى للفترة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يأتي:

يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان أو أكثر علي ارتكاب جنائية أو جنحة ما، أو علي الأعمال المجسزة أو المسهولة لارتكابها. ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء كان الغرض منه جازا أم لا إذا كان ارتكاب الجنائيات والجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه. وتتص فقرتها الثانية علي أن كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنائيات أو اتخاذا وسيلة للوصول إلي الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالمسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو اتخاذا وسيلة إلي الغرض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (نظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها المنعقدة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق "دستورية" ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- بيد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقم حكمها علي هذه الدعامة وحدها، لكنها تؤسس ليطالها نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، علي دعامين آخرين أولاهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تقتدر إلي تناسبها مع الجريمة المنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم معقولة العقوبة التي فرضها، يفترضان تعلق هذا النص بالفعل يجوز تأنيبها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مؤاخذه جنائية، إذا ظل هذا التحضير أو العزم فسي إطار النوايا التي تختلج النفس بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان التجريم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصرفا إلى النوايا التي لا يجوز تأنيبها؛ فلن الخوض في غموض هذا النص، أو في انطوائه علي عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لغوا. يؤيد هذا النظر.

أولا: ما قرره محكمة النقض من أن شرطى للتنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطليبقهما المحاكم المختلفة للد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٤٨ ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التي تتوفر أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر علي إثبات جنائية أو جنة، ولو لم تتحقق؛ أو علي الأعمال المجيزة أو المسهلة لها، ولو لم تقع الجريمة محل الاتفاق الجنائي<sup>(١)</sup>، وقضوا بذلك يدل علي أن نص المادة ٤٨ ع يتمحض في بعض الصور، عقابا علي مجرد العزم علي الجريمة أو علي الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ ع التي تقضي بأن الشروع في الجنائية أو الجنة، لا يتحقق بمجرد العزم علي ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة علي الشروع في الجريمة، بما يقيها في جوهر بنيانها علي مخالفة نصوص العقوبة التي لا تأذن بالتجريم فيما وراء الأعمال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة الجريمة.

ثالثا: إذ كان نص المادة ٤٨ ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين علي إثبات الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافيا لتكوين مادتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع في ارتكابها؛ ولم يزد هذا العزم علي مجرد النوايا التي يضمورها الجناة المحتملون في أنفسهم، ولا يتخذون عملا ماديا للتعبير عنها؛ فلن نص المادة ٤٨ المشار إليها

(١) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية - جلسة ١٩٦٥/٥/١٠ - من ١٦ ص ٤٤١ لأظر كذلك الطعن رقم

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها التجريم.

ولا كذلك أن يكون للتجريم حظورا دستوريا. إذ يخل بنيلان الجريمة ذاتها ليا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تأليم الأفعال التي تكونها. ولا يكون ثمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال مطها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقدورها علوا مجاوزا الاعتدال أو واقعا في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائي -في الحدود التي عينتها محكمة النقض إطارا لها- لا تجهيل فيها حتى يسوغ القول بأن الغموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة النقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تفعيد القواعد القانونية التي تلزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفي للحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ ع، أن تؤسس المحكمة الدستورية العليا قضاءها في ذلك على دعامة وحيدة قوامها، أن الأفعال التي تكون مادة هذه الجريمة -في كثير من صور تطبيقها- لا يجوز تأليمها. فذلك وحده هو المدخل المنطقي للحكم بعدم دستورتها. وغير ذلك ليس إلا تزينا، وخطا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في الأسباب التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، حكمها الصادر في ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية".

### المبحث السابع

#### مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص للقانونية وحدها -بصورتها ولانتفاء صفتها للشخصية- هي أداة التجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون سلطتها في ذلك مجالاً محجوزاً لها، إذ يظل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها ليس لها سند من قانون قائم<sup>(١)</sup>.

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بخير نص يفرضها. وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائماً ومبرراً، فإن فرض المحكمة لخياراتها، لنحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مداه، يكون مخالفاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوج في الإجراء؛ وأن يستلهم كذلك أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلاً تأهيلهم لحياة أفضل حتى تتبها للقواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، ما يراد لها من الفعالية، وما تتوخاه من تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ على هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره<sup>(٣)</sup> Single - valued approach.

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التحرش به في إطار السياسة الجنائية القوية، التي تتأهض الإخلال لخطير كل إخلال غير مفهوم بالحرية الشخصية<sup>(٤)</sup>.

٥. ليس شرطاً لأعمال مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إضفاء فيه إلى التحكم<sup>(٥)</sup>.

(١) (٢) (٣) (٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرددة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية "مستورية" - جلسة ٥/٨/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨١ - ص ٦٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٥) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧ - ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، إلا إذا اخلل التبادل بصورة ظاهرة بين مذهب وطبيعة الجريمة التي تتعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقاباً واقعاً بالضرورة في إطار اجتماعي، منظوياً غالباً من خلال قوة الردع على تفيد الحرية للأشخاص؛ قائماً على قيم ومصالح اجتماعية تبرزه.

ويتعين بالتالي أن يكون جزاء الجريمة مندرجاً بقدر خطورتها ووطئتها حتى لا يتمحض إعداتها. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقاً للدستور إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية، لا تناقض الأحكام التي تضمنها<sup>(١)</sup>.

إذاً يرتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها، كان موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بإتيانها، أو بتركها<sup>(٣)</sup>.

٨. تبلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفسهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم نكالا، وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مذهب عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سويلاً لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها.

ومواءمهم هذا الجزاء في تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو باعد بين الجناة والجماعة التي صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين ممن للفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ -

ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) (٣) "مستورية عليا" القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم

١٠٠ - ص ١٢٢١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتمثل في العقوبة التي يتكبر بها المشرع على ضسوء خطورة الأفعال التي أئفها، لإحمل من خلال وطأة العقوبة وعيبتها، جناة محتملين على الإعراض عن الجريمة والنتيادها.

وثائبيها: ردع خاص: يتحقق في شأن جريمة نسبتها سلطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين؛ لتحدد المحكمة نطاق مسؤوليته عنها، ولتقتدر عقوبتها تفريداً لها عند الحكم بها، ضمناً لتناسيها مع الجريمة التي قارفها، وكرد فعل لها.

ومن ثم لا يتلق هذا النوع من الردع باحتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تنعو هذه الصورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم الجزاء -من منظور اجتماعي- باعتباره عقاباً منصفاً قدره للقاضي في شأن جريمة بذاتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزافاً، وإنما من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسؤوليته جنايتها عنها، ويقدرها، بما يؤكد معقوليتها<sup>(١)</sup>.

٩. تفريد القاضي للعقوبة بتصل بجوهر الوظيفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعية مردها إلى الجماعة في ذاتها، وبمناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالي أن يفيد المشرع من نطاق هذه الوظيفة عن طريق التدخل في مكوناتها، وإلا كان ذلك تحريفاً لها<sup>(٢)</sup>.

١٠. مناط شرعية الجزاء -جنايتها كان أم محتنياً لم تأديبياً- أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أئفها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها؛ نلياً بها عن أن تكون إيلا ما غير مبرر، يؤكد فسوئتها في غير ضرورة. ولا يجوز بالتالي أن تتلفض بمداها، أو بطرائق تنفيذها، القيم التي ارتضتها الأمم للمتحضرة، مؤكدة بها ارتقاء حصها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصلدم تطبيقها ما يراه أوساط الناس تقييماً ظفياً واعياً لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة<sup>(٣)</sup>.

(١) (٢) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢- من ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٧- من ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزء الجنائي بغيضاً أو عتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع الجريمة، كان هذا الجزء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤثم أفعالاً في غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة<sup>(١)</sup>.

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يسمي تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تفسير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد نطاق التجريم -بطريق القياس- إلى أفعال لم يؤثمها المشرع -بل يتعين دوماً- وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير - أن يرجح القاضى من سببها ما يكون أكثر ضمناً للحرية للشخصية في إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء في ذلك التي أعلنها أو التي يمكن افتراضها عقلاً<sup>(٢)</sup>.

١٣. لا ينفصل تأثيم المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التي يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجحانها كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزء يتمحض عقاباً، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية<sup>(٣)</sup>.

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت في محتواها Le contenue أو أوصافها Les modalités أو مبلغها Le quantum des peines أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويتضمن اختيار العقوبة الأرفق لتوقيعها على المتهم، أن نقارن القوانين للجرائم التي تتراوح على محل واحد ببعض، وأن نتحقق من تفافقها جميعاً مع الدستور؛ وتفاوتها في عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام في الفهم أن القانون اللاحق أهون في العقوبة التي فرضها من القانون القديم، تبين أن يخلى هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

(١) ص ٢٥٢ - الحكم السابق. وراجع كذلك في هذا المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) (٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٧ - جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتبارها أعون على صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة وضرورة التحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما لإفاد القانون الأصلح منذ صدوره غير تأكيد للقيم التي أتى بها، والتي نقض بها القيم التي احتواها القانون القديم. وكلامنا تعبير عن الضرورة الاجتماعية التي استلهمها في زمن معين. لا فارق بينهما إلا في جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحياتهم. ذلك أن الحرية الشخصية وأن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الأرق بالمتم بصحتها، سواء صدر هذا القانون منها تحريم أفعال أُلهمها قانون سابق، أم كان مدعلاً من تكيفها، أو مغيراً من بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يحو عقوبتها أو يخففها<sup>(١)</sup>.

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضى أفعالا ينتقها؛ ولا يقرر عقوبتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والحل في جانبها؛ ولا يقيس أفعالا مباحة على أفعال جرمها المشرع. وصار التأكيد بالتالي -العقوبة هي التي تقضى إليه- عملاً يختص به المشرع، وبمراعاة أن سرعان القوانين الجنائية لا يكون إلا مباشراً لا رجعا.

ذلك أن القيم التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن إرادتهم إلا من خلال سلطة التقدير والتفسير التي تحد على ضوئها الأفعال التي يجوز تأكيدها وعقوبتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفيد بالضرورة غل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تعطّلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها<sup>(٢)</sup>.

١٧. يكون الجزء مطلوباً إذا جاوز الجنائي الحدود التي يجوز للتسامح فيها. ويتصاعد الجزء كذلك علواً على ضوء درجة خطورة الأفعال التي جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه دوماً بقدر وطأة الجريمة وجسامتها،

(١) ص ٤١٨ و ٤١٩ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاعدة رقم ٣٢- ص ٥٠٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



فلا يكون هنا في جريمة خطيرة، ولا غليظا فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجزاء على أفعال غشبية للتأخر فيما بينها، سواء في مضمونها أو عواقبها، كان مجاوزا بمناه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، مفتتيا إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعل منها جزاء ملائما، ولا يعطي كل جريمة ثوبا<sup>(١)</sup> يلتئم وبنياتها، وإنما يقيس أقل الأفعال خطراً على أكثرها جسماً<sup>(٢)</sup>.

١٨. يصل الجزاء الجنائي المقيد الحرية -في منتهاه- إلى الإبداع في المسجون للنسي صمم بناؤها كما يمكن لا تتوخى غير حفظ المذنبين بها وكنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لهم حتى الحقوق التي تتطلبها ضرورتهم في الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتى في هذا الأدنى. ذلك أن القائمين على المسجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا في نطاق محدود. وهو ما يؤكد علم الإحصاء من استقصاء أعداد المائتين من المجرمين Recidivists -لا إلى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة ألدح أثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسؤولين عن مكافحة الجريمة وتعبئها، فإن جناحتها أحياناً يظلون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحيط بأخرين يرون أن سوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما أوقعهم في قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة بسخطون على مجتمعهم، ويثأرون بالجريمة التي يرتكبونها، من تنكس أوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطلانهم، أو إلى انتمائهم إلى الفئحة مضطهدة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية في بلد ما، كثيراً ما تريد من احتجاز الجناة المحتملين Potential offenders للتقويم الاجتماعية السائدة فيها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالباً الحصول على محامين مقدرين مما يدفعهم إلى الإقرار بذنوبهم، قبل أية محاكمة فعلية. وحتى في الأحوال التي توفر الدولة لهم فيها محامين تتدبهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجل إرسائها. ولكنهم ينصرفون إلى شئون أخرى تعطيهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التي يندبون لها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلاً عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعملون كمذنبين حتى بعد الإفراج عنهم، ولو بذلوا جهداً عريضاً وصادقاً، لتوفيق أوضاعهم مع الجماعة، والتقيد بنظمها وقيمها. كذلك يحشر الصغار الذين يرتكبون للجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأثقياء الذين أوغسوا في

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، قاعدة رقم ١٠٤-

- ص ١٣٦٥-وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

الجريمة، وألقوا كنمط لحياتهم. وقد يعهد القائمون على إدارة السجون -وبالنظر إلى قلتهم- بضبط نظامها، وعلى الأكل في بعض جوانبه- إلى أكثر السجناء غِلظةً، وأبغضهم إلى رفقائه. فلا يكون فرض الأمن داخلها إلا من خلال التضحية بحكم القانون وبالعادلة، ليخرج المودعون في هذه السجون منها، أشد إجرماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفي إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى ضربة العقوبة، ليس فقط على ضوء مبلغها عند الحكم بها. وإنما كذلك على ضوء كيفية تنفيذها التي كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عبئاً فاحشاً على من أصابتهم بقيودها.

### المبحث الثامن

#### القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض في للنظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور فيما نظريسة هائمة في الفراغ. وإنما هي نظم واقعية تتطور مفاهيمها في إطار الحرية المنظمة التي لا يجوز إهمال متطلباتها حتى في أسوأ الجرائم وأقبحها The most heinous crimes.

ذلك أن هذه النظم تحدد -من خلال إجراءاتها وقواعدها الموضوعية- نطق الحقوق التي تكفلها للمخاطبين بها، والتي توازن بها بين حق الجماعة في ضمان مصالحها الجهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التي لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها، والتي يتقيد بها الحق في القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكتل تحقيق الأغراض التي تستهدفها، وبما لا يخل بأية قاعدة قانونية يكون إنصافها مقتضيا تطبيقها، ولو لم ترد هذه القاعدة في وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سريان النظم الجنائية في شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها. فإذا شابها غموض جهل بأحكامها -على الأخص فيما يتعلق ببنين الجرائم التي أحدثتها- ناقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها. ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة روحها، لأنها تبلور في مجموعها ما تراه الجماعة حقاً وإنصافاً على ضوء قيمها في لحظة زمنية بذاتها، ولأن السلطة للتحكيم التي تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تتناقص بتصرفاتها حكم الدستور والقانون.

ولا شبهة في أن الحق في الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التي تعميها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح يحميها الدستور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي ما لم يقتزن الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التي تفترض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup> ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايا كان يحصل من الدولة، لمجرد تعبيره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقاباً على مباشرته حرية التعبير وللحق في الاجتماع بالمخالفة للدستور<sup>(٢)</sup> ويتعين بالتالي قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر لصاحبها فرص الدفاع التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(٣)</sup>.

(١) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

(٢) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

(٣) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلى زوال هذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائما بغير دفاع يقظ. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم للنيابة لإثباته وتقيد أقوالهم، واقعا في إطار الوسائل القانونية السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببطان القبح والتفتيش، ومباشرة أوجه الدفاع المختلفة عن طريق محام مأجور من اختياره Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي للمأجور مع المتهم، يطيل أمد الدفاع أو يعقده. ذلك أن المحامي هو الأكثر على تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقية، ومواجهتها قانونا، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخص عن طريق إسقاط الأدلة التي لا يجوز قبولها قانونا، أو التي أخفها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد تهيأ قبلها للرد عليها. ويتعين دوما أن يدار هذا الدفاع على نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتها (١). Fairness and Reliability.

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتهم، حائلا دون إعمال شرط الوسائل للقانونية السلمية، ولا عاملا مرجحا يعوق تطبيق هذا الشرط.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفاع ملائما على ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

(١) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

### المبحث التاسع

#### تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

٦٦٢- القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي، متكاملان في أثرهما على الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يولجها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيعه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً على الحرية الشخصية لأنه يقيدتها تقييداً مباشراً، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعهما في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسببة في طولها، أو في إطار محكمة لا تتوافر لها ضمانات الحيدة والاستقلال التي تعطي أحكامها دليل مصداقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

وتظل للقيود التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطرها وأهميتها من النواحي الآتية بيانها:

أولاً: أن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتنطق القانون الجنائي بالفعل بنواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تختلط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل؛ وكسريان القانون الجنائي على الأفعال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجعياً في أثره، ويحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

ثانياً: قيود تتصل بضرورة ضمان حقوق المواطنين وحياتهم التي كفلها الدستور، فلا يخل بها المشرع؛ كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية أجراها، أو لعمل من أعمال الإبداء قام به، أو لزوج مختلط دخل فيه interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو للحصول على كل مطومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه عام بكافة المزايا التي تتولد عن سعي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يريتها في إطار الحرية المنظمة. ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالي سوفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي - من العقوبة سائرًا - يقيد به مباشرة حقاً أو حرية كفلها الدستور<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن شرط الوسائط القانونية السليمة لا ينحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعي كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائي لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Minnesota v. Probate Court ex rel Pearson, 309 U.S. 270 (1940)

التي تنال فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكيمية Arbitrary line-drawing من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، أيا كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائياً على المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الوسائل القانونية السلمية، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة، ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافياً بالأفعال التي نهتهم عنها<sup>(١)</sup>.

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التي يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الأثار التي يرتبها في علاقته بالمواطنين به.

ذلك أن العقوبة التي تفرضها القوانين الجنائية الموضوعية -وبالنظر إلى طبيعتها- تنال أصلاً من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق في الحياة. يؤيد هذا النظر أن العقوبة تاريخياً كانت أداة اضطهاد وقهر، تسلط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التي لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحياتهم التي كفلها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنيهم التي خلطها الطغاة بحقوقهم أو امتيازاتهم.

يبد أن إيمان الأمم المتحضرة بالحق في الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها في غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية -في إطار نظم مدنية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إبدال القوانين الجنائية التي تجهل بالأفعال التي تؤثمها، بقوانين تتوافر فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلغة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمواطنين بها، إخطاراً كافياً بمضمون الأفعال التي حظرتها.

ولم تعد الجريمة تحكمها نزوة المشرع، لا في بيانه مضمون الأفعال التي تكونها، ولا في تحديده لنوع أو لعدد عقوبتها.

وقد كان التطور في هذا الاتجاه بطيئاً في أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمنان حقائق العدل، مديد ومرير في آن واحد، وأن خطأ يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التي يجوز تأنيبها في إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التي يتمحض تجريمها عن إساءة استعمال السلطة.

(١) Bolling v. Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها؛ وأفعال أخرى لا يجوز أن يشملها هذا الجزء، من الصعوبة بمكان، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

ولاهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتها: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها. ولكن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامل التي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقوق التي يملكها. وهو ما حدا ببعض المستشير إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحياة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة، أو يثال من الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في كل حال وعاء نظم للحقوق ببلور جوهر العدالة، ويستتبع القواعد الخلقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمتها، الفائرة -حقاً وصدقاً- في أصلها، إلى حد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تكل على تحضرها وارتقاء حسبها (١).

ذلك أن الحرية التي يحميها الدستور، هي الحرية من كافة القيود المفرطة في التحكم، والتي لا ترتجى فائدة منها *Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints*.

٦٦٤- وإذا كان ما تقدم هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الاجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة إلى مصير المتهم، وعلى الأخص من جهة القواعد الاجرائية التي تتصل بلحظة الجريمة التي يجوز قبولها قانوناً، والآلية التي يتم على ضوئها إدارة العدالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في إجراءاتها في مادة الخصومة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي أن يدان متهم بناء على ولقعة لم تناقشها محكمة الموضوع لو لم تطرح عليها. ذلك أن الوصول إلى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوباً، وإنما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها اجرائياً على المحكمة، والتي بدونها يستحيل أن نطمئن إلى لية نتيجة موثوق منها (٢).

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

(١) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1972); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Skinner v. Oklahoma, ex rel. Williamson, 316, U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes (The law of public order, 1974, pp.313-320.

## الفصل الثاني

### قواعد الشرعية الجنائية

#### المبحث الأول

#### لا جريمة بغير قانون

#### No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كافلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحاً بين الأعمال التي يؤذن لهم بالقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها<sup>(١)</sup>. وقد يفرض القانون المدني جزاء على بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتقرير بطلان بعض العقود بطلاناً مطلقاً أو نسبياً.

ويقترن الجزاء الجنائي بإتيان المخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أُلهمها للمشرع، ولكن الجناة قارفوها، فحق عليهم جزاؤها. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء -وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع، فلا توجد بدونه- قلماً على ضرورة اجتماعية تبرره، يبيلورها أصلاً قانون بمعنى الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور -خروجاً على هذا الأصل- قد يجيز التجريم -لا بقانون- وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل التوايح اللازمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام يتقيد بشروطه المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بنواتسها تعيينها السلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها في مجال التجريم، لتتولاها بنفسها في الحدود التي بينها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ مسن الدستور التي تقضى بالآ جريمة ولا عقوبة (إلا بناء على قانون<sup>(٢)</sup>).

(١) لا يدخل الرأف في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلاً.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جسدها

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(٢) United States v. Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".



وحتى لو أثم الدستور بعض الأفعال كجرائم الخيانة، وجرائم التفرصين في أعلى  
البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وعلى الأخص ما تعلق بتزييفها، إلا  
أن السلطة التشريعية حرية خلق الجرائم وتقدير عقوبتها، بقدر ما يكون ذلك ملائماً لتحقيق  
غرض عام<sup>(١)</sup>. ومن ذلك تجريم التآمر ضد مواطن لحرمانه من مباشرة حق، أو الانتقاع  
بامتياز يكفله الدستور أو القانون، وتجريم محاولة التخلص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي في اتجاه بعض المحاكم إلى فرطحة النصوص القانونية  
من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأفعال جميعها  
لا ينظر إليها إلا بفترض بقاءها على أصل لهايتها. فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص  
صريح. فإن لم يصدر، فإنها تظل في نطاق الحل أي كان قدر إخلالها بالنظام العام أو  
فوضيتها أو إسباغها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع  
خاص. ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من  
خلال التفسير القضائي، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها. وصار أصلاً في القانون الجنائي إلا  
جريمة بغير قانون أو في حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغير عقوبة، ولا رجعية  
للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم

### أولاً

#### لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law

Nulla Poena Sine Lege

٦٦٦- لا تتصلب العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا في إطار عملية  
قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشئها إلا قانون أو في حدوده؛ كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها.  
وهما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بذواتها من دائرة الحل. ولكن مجرد  
إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإلحاقها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبة  
بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأفعال التي أثمها المشرع جنائياً.

(١) United States v.Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v.Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يمثّلها الجناة المحتملون ويدركونها فيما يقومون عليه من الأفعال التي نهام المشرع عنها. ويقدرّون بالتالي على ضوئها مخاطر إتيان الجريمة، ومزايا التخلّي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن ترفض عقوبة تلفة على أفعال يراد زجّر المواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة -سواء في نوعها أو مقدارها- تنكحاً بمن تمسّهم؛ ولا أن ترفض عقوبة سراً، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

### ثانياً

#### لا جريمة بغير عقوبة

No Crime without punishment

Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لمسايقها، وهما بالتالي معنيان متقابلان لا متصادمان. ولا يتصور بالتالي أن توجد قوانين جنائية بغير عقوبتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزاء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

### ثالثاً

#### امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإن كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التي لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تظل إطاراً لهذا القانون الذي ترتد جنوره إلى القانون الطبيعي، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية في شأن ما يعتبر -في ركائزها الجوهرية- عدلاً وإنصافاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التي تملكها الدولة في مواجهة الخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم في مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التي يتعين أن تلتزمها، والتي يحرم المواطنون على ضمانها.

وهذه القيم التي يتدرج تحتها خصائص النظم الاتهامي للعدالة الجنائية -وما يقرن به من حقوق- تشكل جزءاً من الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقابا. ومن شأن عقوبتها تقييد الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها على أفعال تم ارتكابها قبل العمل بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تثير جدلا في شأنها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تفرض في المنزلة بها، لإحاطتهم بما هيته قبل سريانها. فإذا جرم المشرع فعلا كان مباحا وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد على أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير سريان القانون الجديد عليها، يعتبر مخالفا للسنن، ولو تخفى القانون الجديد في شكل منفي<sup>(١)</sup>.

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية محظورة في السنن جميعها، حتى تلك المعمول بها في نطاق ولاية داخل تنظيم فيدرالي<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي تأخير فعل كان مباحا وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤث عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يدان إنسان عن أفعال كانت مؤثمة حين قارفها، ثم ألغى المشرع تجريمها بأثر رجعي يرتد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بنود جريمة كان قد حدد من قبل ارتكابها، ليضو بمركز شخص كان قد ارتكبها.

#### ٦٦٩- ولا يعتبر عقابا رجعيا في مفهوم القوانين الجنائية:

١. حرمان الأشخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراح. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراح في نطقها<sup>(٤)</sup>.
٢. صدور قانون يخلو وزير شؤون العمل بإعداد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة على صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتمائهم إلى الحزب الشيوعي<sup>(٥)</sup>.

(١) Burgess v. Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

(٢) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلى القوانين بوجه عام حتى ما كان لها منفي. ثم استقر القضاء على قصر تطبيقها على القواعد الجنائية (1798) 386 Dall. (3 U.S.) 3 Calder v. Bull. ولكن لا يجوز أن يعطي قانون جنائي، للصفة المدنية لتجوز سريانه بأثر رجعي.

(٣) Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

(٤) Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924).

(٥) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبته النيابة إليه. فإذا لم يكن مكانها قد تحدد أصلاً، جاز أن يحدده المشرع بقانون لاحق<sup>(١)</sup>.

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغى الأثر الرجعي لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من أتى الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنها بمقتضى أحد هذين القانونين.

وعلى القاضي وكلما كان ذلك ممكناً- أن يحمل القوانين الجنائية رجعية الأثر- من خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يأتي:

أولاً: القوانين التي تفرض جزاء -منذ كان لم تأديبياً لم جنائياً- على أفعال لم يكن يقرنها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي تتمتعها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها، واضطرد العمل عليها في مظاهر سلوكها المختلفة وأنه مما ينافي مفهوم الدولة القانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعي، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنباً إدارياً مواخذاً عليه بها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: تعتبر مخالفة للدستور، يمين الولاء Loyalty Oaths التي يتخذها المشرع أداة لحرمان الأشخاص الذين يتكونون عن حلفها، من الحق في العمل العام -أو من غيره من الحقوق التي يكون الدستور قد كفلها- إذا كان ما توخاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط سابقة من سلوكهم المشروع<sup>(٣)</sup>.

(١) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٤- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- ص ٩٥ و ٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) ويلاحظ أن يمين الولاء في ذاتها، غير مخالفة للدستور بالنظر إلى ضرورتها لضمان الأداء الآفوم للعمل العام، ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية في حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالاتها يطلها.  
تنظر في ذلك:

Gramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S. 278 (1961).

Grenade v. Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v. Board of Public Workes, 341 U.S. 716 (1951); Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

ثالثاً: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سرياتها، عن إيفاء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعي؛ شأنها في ذلك شأن قوانين العفو التي يقرر المشرع إلغاءها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر القانون رجعي الأثر، إذا غلظ العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر سريان العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان للعقوبة التي فرضها المشرع للجريمة، حد أدنى، ثم جيل قانون لاحق، حددا الأقصى جزاء وجوباً لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبطل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هي الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعي الأثر فيما يتعلق بالجرائم التي تم ارتكابها قبل هذا التعديل.

وإذا قرر المشرع أثناء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافياً لها، كالإيداع في زنزانة انفرادية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعياً في أثره ومخالفاً للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلاً من السجن البسيط، وتطبيقها على من أدانته المحكمة، بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلى سجن آخر ولو كان أقل ملائمة بصورة جوهرية من الأول. إذ ليس للمسجين حق البقاء في الأماكن التي أودعوا فيها، ولو كان هذا للنقل جزاء أفعال أثارها المسجون، وصار عقاباً بالتالي<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر رجعي الأثر، تغليب العقوبة في شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عائدتين، ويستحقون بالتالي العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التي ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التي تنال عقوباتها على حالها بلا تغيير<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتغليب العقوبة على المجرمين العائدين، لم يعمل به إلا بعد إثبات الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التي أثارها جاني قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

(١) Meachun v.Fano, 427 U.S. 215 (1976).

(٢) Gryger v. Burge, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية في الصور المتقدمة جميعها، ترتبط بالقانون الأسوأ بالنسبة إلى مركز المخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون أهون أثراً؛ أو كان يحل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشنق إلى الصنق بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: وإذا أدخل المشرع بغير رجعي، تعديلاً على القواعد القانونية التي قررها في شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل للتدليل على صحة إسنادها إلى المتهم بارئها، أيسر على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التي كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فإن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا يعنى ذلك أن كل تغيير في القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحد على ضوء ما إذا كان من أثره الإضرار بصورة جهرية أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالي إقصاء عدد المحلفين؛ أو الاكتفاء بموافقة أغليبيتهم، بدلا من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض في هاتين الصورتين أن دلائل كل تكفي لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالي. بما موداه أن ما يقبل أولاً يقبل من التغيير في القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه The distinction is one of degree.

فكلما كان التغيير منتهيا إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم -كالإخلال بحقوق الدفاع التي يفترض أنه يملكها- كان هذا التغيير غير مشروع<sup>(٢)</sup>. ومن ذلك أن يصير إثبات براءته بعد إجراء هذا التغيير، أكثر صعوبة<sup>(٣)</sup>.

والتغيير في الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين في الفصل في الاتهام الجنائي، يعتبر معيبا؛ وإن كان العكس يوافق للدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافيا في الحكم الصادر من محكمة أول درجة -رباثر رجعي- لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بعد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقه.

(١) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).

(٢) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).

(٣) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

سابعاً: وكلما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فإن هذا القانون-ولو أفرغ في صورة القوانين المنفية- يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما مؤداه أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابياً أم لا.

وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقاباً لا يجوز أن يؤسس على واقعة سابقة لم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: وفيما يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقر جزاءً جنائياً على عدم أدائها، فإن من المقرر قانوناً أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولة المولود التي تحتاجها للتهوض بمراقبتها؛ وكانت الضريبة في بواعثها مما يستلزم المشرع بتقديره؛ إلا أن الضريبة رجعية الأثر -في مضمونها وجزئها- تكون مخالفة للدستور، إذا أجراها المشرع على أعمال قانونية اكتمل تكوينها ونفاذها قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها -في مجموعهم- بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها؛ أو كان يتعذر عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونقلهم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سريان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، النافذة أثناء سريان الضريبة القديمة، يصدم توقعهم المشروع لنطاق تطبيقها<sup>(١)</sup>، ويعتبراً بالنسبة إلى جزاء غير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية للقوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرها، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال لجهاداتها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثر أو يضر بحقوق المتهمين بإثباتها، يظل محظوراً.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢- ص ١٢١ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

### رابعاً

#### لا عقوبة بغیر حکم قضائي

#### The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقة يستطاع تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- ينسبها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغیر حکم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لمسير الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعاً موافقاً للدستور. وقد يقصر المشرع عقابهم عن جرائم كذا. بغیر توبة الإعدام، بناء على الألة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جائز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويستقل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجهاً في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل السرعة والحسم، ومدفوعاً أيضاً بمخاوفه غير المبررة، وبشكوكه التي لا أساس لها<sup>(١)</sup>.

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلاً بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أقل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو يجردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم. فلا يكون إلا قانوناً يفرض ألماً أو صوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعاً.

ويتعين تفسير هذا الحظر على ضوء مقاصد الدستور التي بناهها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تفرغ فيها إذا تناول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلى طبقة بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، ليعاقبهم بغیر محاكمة<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867); See also, 3.

(٢) J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed. 1891), 1344.



وليس بشرط لبطلان هذه القوانين، أن يكون الجزاء المقرر بها من طبيعة عقابية أو  
تقويمية Punitive or retributive أو قائماً على القصاص، وإنما يكفي أن يكون قائماً  
Preventive. وإنما يتعين أن تتخا تلك القوانين في كل أحوالها، إيقاع عقاب مباشر بغير حكم  
قضائي<sup>(١)</sup>.

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trial.

٦٧٢- ويشترط بالتالي حتى تكون هذه القوانين مخالفة للدستور، أن تصدر في شأن  
أشخاص معينين، أو في شأن أفراد طبقة بذاتها An ascertainable class، يسهل تحديد المنتمين  
إليها، وأن نورد بياناً بالأفعال التي نسبتها إليهم، والتي تقتضي تقييدهم، وأن نقرر مسئوليتهم  
عنها، وأن ندينهم تشريعياً بسببها، وتعالقهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطبقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصصهم بعقابها؛  
وبأن مخالفتها للدستور تتحدد على ضوء أثرها، ولا شأن لها بالشكالات التي تفرغ فيها. إذ لو  
جاز القول بأن أشكالها هذه تمحو ضرورها، لكن من السهل إفرغها في صورة تخفى  
مساوئها بما يذاقض حقيقة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها  
ومقاصدها التي لا يجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تستل أهدالها عن الوظيفة التشريعية.

واستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أُولاهما فيما نقره من القوانين  
محل ثانيتهما في مجال تطبيقها على نزاع محين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين نكين  
السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أفعال تمنعهم بها وتعالقهم عنها، بغير محاكمة  
منصفة تتوافر لها ضماناتها. بل إنها تقدر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء  
ما تؤمن به من أفكار في شأن خطورة الأفعال التي نسبتها إليهم.

وقدما كانت القوانين العقابية توجه إلي أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للتاج، وكانت  
عقوباتهم تتردد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين العقابية  
لتشمل أشخاصاً يمنعهم المشرع من تقلد أعمال بعونها، بعد أن وصعهم بعدم الولاء في أدائها.  
كان يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين ترمدوا على السلطة، من مباشرة بعض المهون التي  
حدها، أو يمنعهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية النقابية- إذا كانوا أعضاء في تكرين

(١) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي يناهض السلطة. ولا كذلك أن تكون للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تضر بعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعييبها قائما على انتقائها بدلا من آخر<sup>(١)</sup>.

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هي التي حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضائي<sup>(٢)</sup>، حتى لا تخرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول في أثرها- إلى محاكمة عن طريق المشرع A trial by legislature.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التي تفرض بنفسها عقاباً بغير حكم قضائي، تكون رجعية الأثر؛ إلا أن تقرير رجعيتهما ليس بشرط لوصفها بمخالفة الدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المواقعة التي تنسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التي ينتمون إليها، بوصفها ذنباً تدبهم به من خلال العقوبة التي حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانها A pre- existing crime، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها أفعالاً لم تكن حين إتيانها معاقبا عليها An act made punishable ex post facto.

ويظل واجبا التمييز بين القوانين التي تفرض عقاباً بغير حكم قضائي؛ وبين القوانين التي تفصل شروط امتحان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتها يدخل تنظيمها في اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص في الدستور.

ذلك أن تقرير الحق في الحرفة أو المهنة؛ أو في مباشرة غيرهما من الأعمال على ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع سلفا، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقاباً بغير حكم قضائي؛ ولا عقاباً رجعي الأثر، طالما أن المخاطبين بهذه القوانين لا يؤاخذون عن سابق سلوكهم إلا باعتباره متصلا بالأعمال التي يريون مباشرة، واقعا في نطاق تقييم متطلباتها Fitness، ودخل في إطار الصورة للمنطقية لتنظيمها.

(١) Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978); Nixon V. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

(٢) وردت ثلاث جمل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أولاها خاصة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأعمال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. وتتمصرف ثانيهما إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي Bill of attainder. وثالثهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي Ex post facto laws. وذلك بنصها على "لا عقاب إلا بناء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعيين في الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائي.

فإذا لم يكن للشروط التي وضعها المشرع لامتحان أعمال بذولتها، من صلة بأدائها؛ ولا تتوخى بالتالي اختيار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتوليدها، فإنها تتمحض عقاباً بغير حكم قضائي لإنكارها عليهم الحق في العمل بغير مسوغ.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض في حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما جردهم منها. فإذا كان الغرض من قانون الحرمان، إزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للدستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التي تصيبهم. إذ يتعين دوماً اعتبار القانون منصراً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً إزال جزاء بهم؛ لا تمييز في ذلك بين قانون يجرمهم من بعض المزايا التي تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تبين قانونين في نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا الذطر، أن ما نتوخاه الدماثير من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائي، ألا ينزل المشرع بشخص أو بأشخاص عنهم، عقاباً من نوع ما، بعد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصممهم بها، ولو كان هذا الجزاء منصراً إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التي كانوا يتمتعون بها كأعضاء في مجتمعهم<sup>(١)</sup>.

ويدخل في هذا الإطار -على ما سبق القول- يمين الولاء التي يقتضيها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذاتها أو للقيام بعمل ما. إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التي يحدد المشرع على ضوئها، أفضل المتقدمين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهي شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحية أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها في إطار مستوياتها التي تقتضيها طبيعتها، وضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

(١) وللق المندوبين في مؤتمر الاستقلال الأمريكي بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي إزاء ما شهده من الجزاءات التشريعية التي أسرف فيها البرلمان الإنجليزي والتي طبقها المستعمرات الأمريكية بدرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قائمة في حدود ضيقة لى بعض الولايات الأمريكية في السنوات التي تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكي الاتحادي، ومن بينها ولاية كنتاكي التي قصت إحدى محاكمها ببطال المصادرة التشريعية لبعض الأراضي، ولو علقها المشرع على قيام المخططين بالقانون بإجراء أو امتناع في المستقبل.

ومن ثم لا تتمحض هذه الشروط عقاباً، إذ هي شروط يتعذر تجنبها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لحسن القيام عليها، سواء كان العمل داخلًا في نطاق مهنة المحاماة أم للتدريس أم كان وعظاً دينياً.

ويتهم بعض المعلقين على يمين الولاء التي يحلفها هؤلاء قبل مباشرتهم العمل، قللتين بأنها فضلاً عن كونها عقاباً، فإن من يظفونها قد ينقضونها بعد أدائها من خلال سلوكهم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزء بغير حكم قضائي، أن يقرر قانون إبعاد مواطنين أو نفيهم بالنظر إلى لونهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تقييدهم لجرائم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبوا، أو حرمان أشخاص عليهم المشرع بذواتهم، من مرتباتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجه التأكيد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم ملوثون للسلطة عازمون على قلبها، وذلك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشرة؛ أم كان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر لنص قانوني<sup>(١)</sup>.

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقاباً تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق في الحياة، وفي الحرية وفي الملكية، التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التي تم تكوينها وفقاً للدستور<sup>(٢)</sup>.

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، على ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تدخله.

فكلما قصد المشرع أن ينال من شخص أو أشخاص بذواتهم؛ وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق؛ صار عقاباً بغير حكم.

فإذا لم يكن لتدخله من شأن ذلك، بل كان تنظيمًا في إطار شروط منطقية، للأوضاع التي يتعين أن يباشر العمل في نطاقها؛ فإن هذا التنظيم لا يكون عقاباً، ولو أضر في بعض جوانبه بآخرين.

(١) Cummings v. Missouri, 71 U.S (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذات اليوم)

(٢) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالى، حظر تكوين خلايا مسلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التى يُلَظَن الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بذواتها تتناقض أهدافها حتى لا تتخطف فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر فى صورته المنتقم بيانها، عن معاقبة أشخاص عينهم المشرع باسمائهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أخطاء تصرفاتهم السابقة التى يؤاخذهم عنها.

وكما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تبشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التى تتسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كإلزامها راعياً من تاريخ فرض هذا القيد - بالإعلان عن حقيقة أغراضها - روقاً عليها - لا يكون عقاباً<sup>(١)</sup>.

ولو صادف المشرع المعاش المستحق للعاملين فى الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق فى الدستور، كالحق فى ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم The privilege against self-incrimination أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التى تظنها وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد أخطائها على امتداد عقدين من الزمان، فإن مصادرة الحق فى المعاش أو الحق فى المزايا للتأمينية، يكون عقاباً<sup>(٢)</sup>.

وفى مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقاباً، أو ليس كذلك؛ فإن صور الجزاء ما كان منها تقويمياً، أو وقائياً، أو منظوياً على الردع؛ تدخل جميعها فى مفهوم العقوبة التى لا يجوز توقيعها بغير حكم قضائى. وفى ذلك تقول المحكمة العليا القبرالية الأمريكية<sup>(٣)</sup>: Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ban to instances of retribution

٦٧٥- وفى مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة والسلام الاجتماعى، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من تسبب فى إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

(١) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board 367 U.S. 1 (1961).

(٢) Flemming v. Nestor 363 U.S. 603 (1960).

(٣) United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يسرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

\* من حكم بإدانتهم من محكمة للثورة في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

\* من حكم بإدانتهم في جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإيذائهم بدنياً أو معنوياً، أو بالحدوث على حياتهم الخاصة.

\* من حكم بإدانتهم في جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية وبالسلم الاجتماعي.

\* من حكم بإدانتهم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلم الاجتماعي، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا -في القضية رقم ٤٩ لسنة ٦٦ قضائية دستورية- التي أقامها المدعى ناعياً على هذا البلد مخالفته للدستور- إلى أن النص المطعون فيه -وبوصفه منطوقاً على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه- يعتبر مخالفاً لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها في المادتين ٦٦ و١٨٧ من الدستور.

وما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها<sup>(١)</sup>. ذلك أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨، واجه أفعالاً سابقة على صدوره، جرد أشخاصاً بذواتهم عنهم تفصيلاً، من الحقوق السياسية المنصوص عليها في الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التي جردتهم منها، حتى لا يباشرونها؛ وكان هذا الحرمان جزءاً على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقاباً بغير

(١) الأمر المنور للدعشة أن هذا الحكم لم ينشر في الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائي Bill of Attain. وهو ما لا يجوز على ضوء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور، التي لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التي كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما تقررده المحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطوياً على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج في إطار العقوبة التبعية التي لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترثيها عليها.

ثانياً: أن ما نقضى به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم، لا يتعلق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان منصرفاً إليها، لصار نص المادة ٦٧ من الدستور لغواً. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة المنصفة في شأن الاتهام الجنائي. وحكمها مؤداه، أن براءة المتهم -هي الأصل- لا تزول إلا بحكم قضائي يكون باتاً. وهي بذلك تقترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون للحكم القضائي أداة لإقناع هذه العقوبة.

ويتعين بالتالي أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متعلقاً بالعقوبة الجنائية التي تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التي تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسئوليتهم عن أعمال سابقة أدانتهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تكملاً تشريعياً -لا بعقوبة جنائية-

بمعنى الكلمة- وإنما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هي الحرمان من حقوق بعضها عينتها نصوص قانونية. ويتعين بالتالى دمجها بالبطلان لمخالفتها نص المادة ٦٦ من الدستور<sup>(١)</sup>.

---

(١) ما تضمن عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بخير حكم قضائى، هو ما اصطلح على تسميته فى الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهى وثيقة عرفها قاموس Black's Law dictionary فى ص ١٢٧ من طبعته السادسة بأنها تشريع خاص يصدر عن السلطة التشريعية A special act of the legislature يقضى بإعدام أشخاص يفترض ارتكابهم لجرائم خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الخيانة. وهم بذلك يعدمون عن جرائم لا تكليفهم إحدى المحاكم بها فى نطاق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings . فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة أكل من الإعدام،سمى بقانون الآلام والجزاءات Bill of Pains and Penalties. وسواء قضى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة أقل منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.



### المبحث الثاني

#### حظر محاكمة للشخص أكثر من مرة

##### عن الجريمة الواحدة

##### Double Jeopardy

٦٦٦- الحرية للشخصية حق، وهي حق طبيعي. ويقضى ضمناً ألا تفرض على أحد عقوبة لها من قسوتها ما يسوغ لطرحها؛ وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها للدوابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتاً. فإذا أطلق سراحه بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، لئلا كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرهاب المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئاً حقيقة<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن سلطة الاتهام لها من السوراد الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاناة حلقة بعد حلقة، وحقة بعد حقة، وكان يد الاتهام تحيطهم بعذابها، وتغلبهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحقتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداه تبيد وقتهم، وتقويض فرصهم في العمل أو إضعافها، ولتشهير بهم إضراراً بسمعتهم، والإخلال بأمنهم وسكيتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تنغلق طرائقها وتظلم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجهاً بأعراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتعزز أدلتها المتهافة التي قدمتها من قبل لإثباتها، وحتى تبرهن على أن قضاء الحكم الأول كان معيباً. وفي ذلك ضرر لا يخفى. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيراً ما يدانون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطقياً أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها من محاكم القانون العام أو استثنائية أو من طبيعة خاصة. فضلاً عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولي

(١) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٢) United States v. Scotit, 437 U.S. 82, 91 (1878); Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزء مدنيًا كان أم تأديبيًا أم جنائيًا.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستوريا ولو أحاط الخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه<sup>(١)</sup>. كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن يكفي لإدانة المتهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الحكم القضائي إذا صار باتا، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق القانون يكون غير جائز، وينتقل به أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلى المتهم، ولو كان خطأها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادعا Egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة لقولهم في التكتيل على الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق الصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قانونا أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها<sup>(٣)</sup>. No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offense. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولى، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالين قد قطع بالحقيقة القضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشع في نقضها، مجرد أن المحاكمة الأولى لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافيا بالمقاييس المنطقية- لردع من أئبن بها. فقد صار الحكم الأول -وهو بات- عصيا على المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من تطق به هذا الحكم، قلقا مضطربا، هائما على وجهه، تسحقه الدولة بآسامها حين تريد، فلا يطمئن لغده، ولا يأمن من لنتهاء الضرور التي تحوط به، لتعثر خطأ، ولتكدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحققها<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر الدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجًا على قاعدة

(١) Durks v. United States, 437 U.S. 1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardos General Theory of Double Jeopardy, 1978 Supreme Court Review, 81, 122-37.

(٢) United States v. Martin lincn supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٣) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969).

(٤) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ - لقاعدة رقم ٣٢ ص ٥١٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. فظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - لقاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإما هي المحاكمة الأولى مستأنفة سيرها حتي تكتمل حلقاتها، وتصل إلي نهائيتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التي لا يجوز أن تكون محلاً لأكثر من محاكمة، في حاجة إلى التحديد.

\* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتداخل مع بعضها، ولا تتفصل أجزاؤها، وتجمعها بالتالي وحدة المشروع الإجرامي، فإن تبرئة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكاملها فيما بينها<sup>(١)</sup>.

\* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، يوقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التي عقوبتها أشد، فإن الحكم الصادر فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأقل في عقوبتها، ولو كان راجحاً على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدين عنها بالفعل<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك تبرئة المتهم عن الجريمة الأقل وطأة، إذ لا يعتبر ذلك حاجزاً من معلقته عن الجريمة الأندح التي قارفها.

\* إذا كان المشروع الإجرامي الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة في اتجاه تنفيذ هذا المشروع، يحوز فرض جزاء جنائي عليها، فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من أخطأوا فيه جميعهم.

\* قد تمهد جريمة بذاتها لوقوع جريمة أخرى تستقل عنها، فلا يعاملاً بالنظر إلى هذه الصلة- كجريمة واحدة. فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تدلولها، وعوقبوا على مجرد حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

(١) تنص المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لفرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتفترض هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبتت إدانته عنها. فلا يقضى عليه عندئذ بعقوبتها جميعاً، بل بالعقوبة المقررة لأشدها.

(٢) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

• لا يجوز أن يتعلق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائي واحد. فمعاشرة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها في غير انقطاع. وهي جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك الجرائم المنفصلة التي تستقل كل منها بوقائعها، كالامتناع عن إجابة لجان نقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع في المواد الكحولية، وتمزيق أكثر من حقيبة بريد في الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هي التي يتحدد على ضوءها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعاقب عليه، أم أن واقعة منفردة هي محل العقوبة التي فرضها المشرع<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالجريمة الواحدة في تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تنطبق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينها، بأن تكون هي ذاتها بكيفها وأوصافها وشروط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداها تقتضى لوجودها، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

#### وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

إن امتناع معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا نكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصها، ولو تابعتا من حيث الزمان، أو كانتا ولعنتين في مناسبة

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١١ من الجزء الثامن، أن امتناع المدعى بالنفقة عن دفعها ماطلة فيها، مؤده أن وقائع الامتناع - مع تعددها - لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً ممثلاً في اتجاه إرادة المدعى بالنفقة، إلى النكول عن أدائها.

واحدة. والعبارة عند القول بوجود جريمتين، هي بحقيقتهما، لا بلوصافهما التي خلعا المشروح عليها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى أن يكون الاتهام متتابعاً فى شأن الجريمة ذاتها التى نسبته سلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشرع قد غير بعد محاكمته عنها أول مرة - من قواعد إثباتها، أو كان قد انتحل للجزاء عليها مصلحة غير التى أقام الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفى الدول الفيدرالية التى تتوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية وولاياتها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبا عليها فيدرالياً، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالى تحدياً على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إخراج السلطة القضائية الفيدرالية عن المتهم فى جريمة أملكها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمته عن الجريمة عينها أمام محاكمها<sup>(٢)</sup>، إلا أن قضاءها فى ذلك منقذ، وغير عادل، ولا يجوز أن يتخذ من مجرد السوابق القضائية، عضداً، ولو قام الدليل على اطراد هذه السوابق وعدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التى تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التى تباشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها، إلا أن الحرية الشخصية يناقضها فى الدول الحرة جميعها، ألا يكون للحكم السابق فى جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكوم عليه فيها إلى محكمة جديدة أيا كان موقعها.

فضلاً عن أن توزع السيادة فى الدولة الفيدرالية لا ينفى توحيد كياناتها المختلفة معها، وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- ولامتناع للمحاكمة الثانية فى شأن الجريمة عينها، لا يحول دون اجتماع جزايعن فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

(١) للفتية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية مستورية - جلسة ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٧ - ص ٧١٥ من الجزء الثامن.

(٢) Abbatte v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يثير مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية في آن واحد. ومن المتصور بالتالى لاجتماع هاتين المسؤوليتين بالنظر إلى اختلافهما في نوع المصالح التى تكفلتها.

وفى ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان لفعل واحد مرتباً لها معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد فى آن واحد. إلا أن أظهر ما يفاير بين هاتين المسؤوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز فى المسؤولية المدنية بالقدر وفى الحدود المنطقية التى يبينها المشرع؛ إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيّمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها<sup>(١)</sup>."

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجانى جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة فى الجريمة الأولى- وإبقاء فى إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم فى الجريمة الأولى، تحمل معنى إنذاره بالآبعود إلى الإجرام. فإذا لم يقم وزناً لهذا الإنذار، وسلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقاباً أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزداد عقوبته عنها سواء فى نوعها أو فى قدرها.

ومن ثم كان القدر الزائد فى عقوبة العائد عن الجريمة الثانية، منفصلاً عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد فى ضررها الاجتماعى عن الجريمة الأولى التى ارتكبها، فلا يكون القدر الزائد فى عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابل لعوده<sup>(٢)</sup>.

٦٨٢- وسواء كان الجانى حثاً أو كمل الأملية؛ فإن محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجانى أكثر من فعل فى مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التى أتاها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تعدد هذه الأفعال، لا ينفى ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تـسـزن كافة العوامل المتصلة بها، بما فى ذلك دوافعها.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٦٣٥ من مؤلف الدكتور عوض مصد عوض (قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصاً قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشيقها،  
ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه؛ تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمام  
محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى ينال أمام إحداها حكماً  
بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن اللفظين الآخرين بعقوبة أقل؛ كان ذلك تكراراً لمحاكمته عن  
الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطوياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائل القانونية  
المليمة.

٦٨٣- واحتجاج الشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة،  
يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر يضي على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهي  
حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعياً ومقصوداً. ولا  
يجوز بالتالي أن تستخلص المحكمة من مجرد إثارة المتهم المائل أمامها للحظر المانع من  
تكرار محاكمته عن الجريمة عنها، ما يدل ضمناً على النزول عنه.

### المبحث الثالث

#### في جواز أو حظر اللجوء إلى القوانين القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لكن صبح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تنظر إلى الحد الأدنى من الأسس التي يتطلبها ضبطها، والتي تحول كأصل عام بين القانونين على تنفيذها، وإطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل في هذه النصوص ألا تتدخل معانيها بما يؤذن بانقلاباتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان المستور لا يفرض على المشرع طرقات بذواتها يحد من خلالها الأعمال التي يوشعها؛ إلا أن القوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل في إطار دائرتين.

لأولاهما: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال رذع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، وحيث أن تكون القيود التي تفرضها على الحرية الشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق في مباشرتها في حدود منطقية<sup>(١)</sup>.

ثانيتهما: أن الاختصاص المخول السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم، وتقدير عقوباتها، لا يفولها التدخل بالقوانين التي تحدثها لعل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أو كيان الجريمة التي عليها المشرع؛ إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطين التشريعية والتنفيذية<sup>(٢)</sup>.

٦٨٥- وفي حدود هاتين الدائرتين، يتدخل المشرع من خلال الجرائم التي يحدثها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقيد من الحرية الشخصية لمن يرتكبونها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم قوابلها أو النماذج القانونية التي أقرها فيها، فذلك من أجل بيان أو كيان كل جريمة منها. فلا ينفصل وجود الجريمة، عن إثباتها في كلفة عناصرها.

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" من ٢٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - قضية ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٣ - من ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



يبد أن المشرع قد يتدخل في شأن الأكلة التي يجوز قبولها في جريمة بذاتها. وقد يفترض توافق واقعة فيها لا تقوم بدونها، معفا سلطة الاتهام من إثباتها، عن طريق قرينة قانونية يحتملها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها قانون، ونظم حجيتها. والمشرع يختار من خلال القرينة، واقعة بذاتها، ويستخلص منها الدليل على تحقق الواقعة المراد إثباتها بعد أن تكفل باعتبارها نتيجة بقاء القرينة، وأغنى من تعررت القرينة لمصلحته، من تقديم الدليل عليها.

٦٨٦- والأصل في القرائن القانونية أن يقيمها المشرع مقمها، وأن يسميها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون واجع الوقوع عملا. وهي ترتبط أصلا بالسائل المنفي، فإن تحتها إلى المواد الجزائية، صار أمر الفصل في دستوريتها محندا على ضوء مبادئها بالحرية الشخصية وإخلاها بمقوماتها. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن لكل جريمة يشتها المشرع، أركانها التي يجب أن تثبتها سلطة الاتهام من خلال تقديمها لأدلتها، والإقناع بها، بما يزيل كل ظن معقول يفتوها. فلا تقوم شمة شبهة لها أساسها تكمن أو تكبتها. ذلك أن سلطة الاتهام تعد من خلال اتهامها لتخص بجريمة تدعوها، إلى خلق واقع جديد يلائم القرائن الجرائم باعتبارها تعبيراً عن الظرة التي جبل الإنسان عليها. وصار متسلها منذ ميلاده. فلا تنقصها إرادة أيا كان وزنها، وإنما يتحياها حكم قضائي تعلق بجريمة بذاتها، وغدا باتا في شأن نسبتها إلى الممثل عنها، فاعلا كان أم شريكا.

ثانيهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية ابتداء، أو تفويض السلطة التنفيذية في إصدارها في حدود صلاحياتها المنصوص عليها في الدستور. لا يخول هاتين السلطتين أو إحداهما إحداث قرائن قانونية تنفصل عن واقعها Unreasonable presumptions، ولا تربطها بالنتائج شمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في مجال الفصل في الخصومة الجنائية التي تطرح عليها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - من ٧٤٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٨٧- ويظهر من القواعد المتقدم ببيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض واقعتين:

أولاهما: واقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصادرها التي عينها المشرع وحصرها.

وثانيتهما: واقعة غير الواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلائلها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتاً للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة المنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقوم الدليل على اتصال القرينة القانونية بواقعها، وإلصاقها عقلاً إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون واقعة القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصويرها لأوضاع لا مجالاً فيها للحياة العملية<sup>(١)</sup>.

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها، والواقعة التي تفترض المشرع ثبوتها.

فإذا لم تتوالى هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم بنافي الحقائق التي تؤكدتها الخبرة في عموم أحوالها<sup>(٢)</sup>.

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزلوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهابها عن طريق التحكم في القيود التي تفرض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية يحدثها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها Conclusive presumptions.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - قاعدة رقم ٤٧ - من ٧٠٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Tot v. United States 319 U.S. 463,467,468 (1943).

ومن ثم كان التدخل بالقرائن القانونية في المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التي وزعها الدستور -في إطار المحاكمة المنصفة- فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهي أدوار لازمة أن يتعدالا في أسلحتهما؛ وفي الفرص القانونية والواقعية التي تسترد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض المشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخدرة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءاً كبيراً منها يكون مصدره أجنبياً في الأعم من الأحوال، وليس افتحاجاً محلياً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان لسلطة الاتهام حق في ضمان مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة، فإن لكل منهم بالجريمة حق في حريته الشخصية التي لا يجوز تقويضها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلاً لسلطة الاتهام في أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حداً أنى من الحقوق توازنه بها. فإذا لُفّلت هذا الحد الأدنى في مواجهتها، لم يعد مكافئاً لها في مركزها، لتلغو بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التي يملكها كل منهم قبل الآخر؛ وإنما كذلك على صعيد إمكاناتها ومواردها الضخمة، التي توفر لها وملائم علمية وعملية تدعم بها التهمة التي أقامتها.

وتميل القرائن القانونية بميزان الحقوق في غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغیر سلطة الاتهام، كي يفيها من التكتيل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

٦٨٨- وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توفر القصد الجنائي في جريمة عمدية، ليقيل سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينعكس بالضرورة على أصل البراءة التي يتعين على النيابة العامة أن تستجيبها معها في كافة إجراءاتها، ما كان منها سابقاً على للمحاكمة، أو واقعا أثناء سيرها. إذ هي الفطرة التي جبل الناس عليها، وحجر الزاوية The bedrock في كل نظام متحضر للعدالة الجنائية، وقاعدة مبنوية أصيلة تقتضيها إدارتها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا ينفكون عنها. ذلك أن التصاقها بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائي بات بالجريمة التي اتهموا بها.

(١) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969).

(٢) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على أن القرينة التقونية تعفى من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة -ولما كان موضوعها- أصل فيها. ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، لا يفرض بها حلولاً تحكمية منافية للخبرة العملية القائمة في الحياة العملية في أوضاعها الأكثر شيوعاً، وإنما يشتق المشرع مما يقع غالباً في الحياة العملية، القاعدة الموضوعية التي تنشأها؛ وكذلك مضمون كل قرينة قانونية يستلهمها<sup>(١)</sup>. ولا يجوز في المواد الجنائية على الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تخل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في نفعها من خلال حظر التلليل على عكسها<sup>(٢)</sup>.

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

#### ومن صور القرائن التحكيمية:

\* أن الأباه الطبيعيين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية<sup>(٣)</sup>.

\* تقرير أن كل امرأة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة على تولعها ولادة جنينها، وإلزامها بالتالي بأن تحصل خلال هذه الفترة على إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها على هذه الإجازة بمقتضى قرينة قانونية تحكمية تقطع بعدم صلاحيتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانوناً في المجال الجنائي<sup>(٤)</sup>. ذلك أن قطعية القرينة لا زماً أن يصير الافتراض الكامن فيها عصباً على المراجعة، بما يؤهل النيابة للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التلليل على الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استطاع المتهم نفيها<sup>(٥)</sup>. فضلاً عن أن القرينة القاطعة هي في حقيقتها نوع من التعميم المطلق غير

(١) فللقاعدة التي تقضي بأن يعتبر لشخص راشد يبلغ إحدى وعشرين سنة مهلاً، مساعدة موضوعية تفرض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية في الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض النسن بلغوا، يتصرفون بقدر من الطوش والفرق. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التفاوت فيما بين إنسان وأخوه، حتى ينضبط التعامل ويستقر. والقاعدة التي تقضي بأن الوفاء ينسب من الأجرة قرينة على الوفاء بالأنساق السابقة عليه، مبناها قرينة قانونية تعد بما يقع في الأعم من الأحوال في الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدائن ما يدل على أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالأنساق السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بطلتها، على خلاف الأمر في القواعد الموضوعية. انظر في ذلك الوسيط للدكتور السهورى الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

(٢) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٣) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

(٤) Cleveland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

(٥) Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي يفترض مواجهة كل حالة علي حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن تعين في هذا المقام التمييز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية. ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علتها، فلا تجوز معارضتها بها بعد انتماجها فيها، ليقضيها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك القرائن القانونية التي تلازمها علتها؛ ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها -حتى ما كان منها قاطعاً<sup>(١)</sup>.

على أن نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز في المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطع القرينة في المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة التي أحدثها المشرع منطقية في صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية في المجال الجنائي، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالي أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل متهم الحق في نقضها بالأدلة التي يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة للقاطعة التي تسقط بها حقوق المتهم في نفي الواقعة التي افترضتها، بما يبال من الحد الأدنى للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ويناقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التي تقوم في جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بأية أدلة يقدمها، أي كان قدر قوتها الإقناعية.

وفي مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكاً جديّة حول جواز قبول القرائن القانونية في المجال الجنائي. ذلك أن إيمان النظر في أحكامها وتطبيقها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها في معقوليتها، وتحريها لدلائلها، وصلتها بالنتائج التي رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالي لكل قرينة قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٣ - ص ٤٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جاز.

الواقعة الأصلية التي يفترض المشرع ثبوتها بالقرينة التي أحدثها؛ وبين الواقعة التي أُلْحِقَ بها محلها، واعتبر إثباتها مفض إليها، لتقوم مقامها مغنية عن إثباتها.

فلذا بان لها أن القرينة القانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تنحيزها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كي يفترض بها توافر القصد الجنائي؛ أو أقصمها ليحل بها من الأصل في الأشياء التي تتعلق الجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التي كفلها الدستور.

على أن ما ينبغي أن يلاحظ في القرائن القانونية التي حللتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتنا جميعها لمجانفتها لحكم العقل، وانتفاء كل صلة منطقية بالتالي بين الواقعة التي يفترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التي أُلْحِقَ بها محلها عوضاً عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التي يفترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفي إطار هذا الضابط- قرينة قانونية واحدة من القرائن التي ولجتها على امتداد حياتها القضائية. وهو ما يعنى نظرتها المتشككة إلى تطبيق القرائن القانونية في المجال الجنائي، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التي تقوم أصلاً عليها، ولخصها تقديم الدليل على كسل واقعة تقوم بها الجريمة، فلا تعفيها منها من خلال قرينة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التي لا يجوز أن تذل بمصلحة للجماعة لها اعتبارها.

وإذا نحن موازنة أولاهما بثنائيهما؛ ولأن ينظر إلى القرينة القانونية بالتالي على ضوء معقوليتها في إطار تقدير عام للحقائق العلمية والعملية القائمة في زمن معين، ذلك أن منطقية القرينة القانونية هي التي تنفي عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجح الوقوع عملاً.

والبين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن القرائن القانونية، إيمالاتها لكل قرينة يفترض بها المشرع توافر القصد الجنائي؛ أو خرج بها على الأصل في الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التي يكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

### المطلب الأول

قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لافتراضها للقصد الجنائي

#### الفروع الأول

النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملاً بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، تفرض على ربان السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية المعرضة للضياع ولا تزيد على مئتها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستورتها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يثير مسئولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام قضاؤها في ذلك محمولا على الدعاوى الآتي ببيانها:

لولا: أن المشرع الجمركي عامل النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها. ولا يتصور أن يتطرق هذا الافتراض إلا بجريمة إخلالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذا كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال أتمها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيبا بعينها من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقرر المشرع أن نكلها يعتبر كافيا لردع الجناة المحتملين وحملهم على تجنبها؛ وكان القانون الجمركي قد ربط المخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفائدة التي تنبؤ أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصده منها من خلال الغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من هذا القانون، ولتلي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتى لا يكون مبلغها ثابتاً؛ فإن هذه الغرامة. -وذلك طبيعتها- تتوافر لها خصائص الغرامة النسبية التي يتضمنها المسؤولون عن الجريمة التي تستوجبها، في دفعها -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم -مع تحدهم- إلا بغرامة واحدة يقيسها المشرع وفقاً للضوابط التي قدرها لتناسبها مع الفائدة

التي حققتها الجناة من جريمتهم، أو التي قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فسيلا تحصل الإدارة الجرمية إلا على مبلغها لا أكثر ولا أقل، تؤكدنا لعبيتها التي لا يناقيا تقرير حد أدنى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التي لا تنفصل عن الأفعال التي تكونها. والغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجرمي، مناطقها تلك المخالفة الجرمية التي افترض المشرع أن الريان أو قائد الطائرة قد ارتكبها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما إلا بتوافر أركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائياً عنها، فإذا تعدد المسؤولون عن المخالفة الجرمية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم في الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خول المشرع الإدارة الجرمية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد على ضوء حقيقة الجبهة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلى خصائصها.

رابعاً: الأصل في الطرود أن يكون ما فرغ منها -سواء في أعدادها أو محتوياتها- مطابقاً لبياناتها في قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها في تلك القائمة، فإن افتراض تهريبها يقوم في حق الريان أو قائد الطائرة (إعمالاً لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتي لا يدفعها لهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هذا النقص).

خامساً: لا يجوز أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقريب عقوبتها، إلى إحداثها لقوانين قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لنحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في إطلاق الدعوى الجنائية التي اختصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية يناقيا على الأخص أن يدان المتهمون لغير جريمة، أو عن طريق الإخلال بالموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضرراً قد أصابها من خلال إتيان الأفعال التي أتمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها؛ متدرجاً بعقابها تبعاً لخطورتها؛ وناهاً أصلاً عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو التصالح عليها.



فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل لإيلاء مقصودا لردع جناتها، ضمانا لأن يكون الوقوع فيها من جديد أقل احتمالا.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التي لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إثبات الفعل والبصر بنتيجته، أو توقعها. وإنما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأضرار ضرا، سواء أكان هذا العمل عمدا أم إهمالا. ومن ثم كان التعويض الكامل جزاءها. وهو لا يكون كاملا إلا إذا كان جابرا لعناصر الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا التعويض كذلك من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها؛ وكان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزا، إذا كان الفعل الواحد منشئا لهما معا، بأن كان ضارا بالجماعة وبالفرد في آن واحد؛ وكان تبعاهما كذلك متصورا؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالقدر، وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً: أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المدنية التي لا يجوز افتراضها، ولا تنوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، ويظن معها الوقوع فيها، سلوكا محمدا أثناء جان، بل توها لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسؤولية الجنائية.

ثامناً: إذ أقام المشرع من مجرد وجود نقص في عدد الظروف المفرغة أو محتوياتها، قريدة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخطأهم في نفيها، يكون تقريراً لمسئوليتهم الجنائية عن الجريمة بما يناقض افتراض براءتهم؛ ويحول دون انتفاعهم بضمانة الدفاع التي تفترض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالبراهين الجائز قبولها قانوناً؛ وإخلاقاً بالضوابط التي فرضها للمستور في مجال محاكمتهم إنصافاً؛ وتعداً كذلك على الحدود التي فصل بها بين ولاية كل من السلطتين التشريعية والقضائية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

مناط مسؤولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر في حكم التهريب الجمركي؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

(١) للفتية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

لم يقدم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التي أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لمسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية للمحوزة بقصد الاتجار فيها، محل واقعة العلم بتهربها، معنياً بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصل بأن تقدم بنفسها الدليل على تحقق كل ركن يتصل ببينان الجريمة، بما في ذلك القصد الجنائي ممثلاً في إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالاته الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائي على النحو المتقدم. وقام حكمها في ذلك على الدعاوى الآتية:

أولاً: أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قرينة قانونية، ذلك أن الأصل في القرنين القانونية -قاطعة أو غير قاطعة- أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيما تحكماً أو إملاء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالباً في الحياة العملية.

وإذ كانت للقرينة القانونية التي أوربتها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي تنطبق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية؛ وكان هذا التعامل لا يتحصر فيمن قام باستيرادها ابتداءً، وإنما تتناولها أيد عديدة -شراء وبيعاً- إلى أن تصل إلى حائزها الأخير؛ وكان للتعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها الدائرة الجمركية التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقرر في نطاقها ضرائبها، وتتكمل إجراءاتها؛ وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يقدم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مردداً كذلك بالمادة ٥ من القانون الجمركي التي يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإخراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص المطعون فيه -ممثلة في عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها- تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التي يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تهريبها.

وهي قرينة تحكمية حجب المشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتغدو القرينة بالتالي مقحمة لإصدار افتراض البراءة.

ثانياً: إذ كانت جريمة التهريب الجرمي من الجرائم العمدية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تكديرها للأدلة التي تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينياً، لا ظنياً أو افتراضياً؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية للتدخل بالقرائن التي تنشئها لفل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجرمي، قد حدد واقعة بذاتها جبل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة النظر التي ارتأها في مسألة تستقل محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل في الاتهام الجنائي؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومأل ما يسفر عنه إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها؛ فإن واقعة العلم بالتهريب التي نسبها النص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض انتحالا لاختصاص عهد به الدستور إلى السلطة القضائية؛ وتحدياً على الحدود التي تفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ وبما يناقض كذلك افتراض البراءة من التهمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً.

### الفرع الثالث

#### مناط مسؤولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعى قد أقام للدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>، ناعياً على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

(١) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق " دستورية " جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٨٦ وما بعدها في الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. هذا وتضمن المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يأتي:

فقرة أولى: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحفته.

فقرة ثانية: ومع ذلك يعفى من المسؤولية الجنائية:

١. إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق المساعدة على معرفة المسؤول عما نشر.
٢. أو إذا أُرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسؤوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسم آخر".

المحكمة أن الفقرة الأولى من تلك المادة هي التي يقوم عليها الاتهام الجنائي ضد المدعى عليه الثاني باعتباره رئيس تحرير الجريدة التي نشر بها المقال المتضمن قذفاً ومسياً قسى حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية ينحصر نطاقها في هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بقررتها الثانية وإن كان لا يقبل التجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإعفاء منها- إلا أن إبطال فقرتها الأولى يعتبر كافياً وحده لسقوط فقرتها الثانية التي لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسؤولية رئيس التحرير في الحدود التي تضمنتها الفقرة الأولى- جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فقرتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضموراتها. ذلك أن الجريمة تبلور ملوكاً خارجياً مواخذاً عليه قانوناً.

ثانياً: الأصل في الجرائم العدية جميعها، أنها تعكس تكويناً مركباً باعتبار أن قوامها التماس بين يد متصل الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها، ليهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي قصد إحداثها، ليلتزم هذا القصد -باعتباره ركناً معنوياً في الجريمة- الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو موليتها، لتتحل الجريمة- في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضها المشرع، والإرادة التي تعمل فيها تلك الفرعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بدلاً عن الانتقام والثأر من صاحبها.

ثالثاً: يثير تجريم الأفعال التي تتصل بالمهام التي تقوم الصحافة عليها وفقاً للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبدئية حول دستوريته، لتصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفصل المؤتم قانوناً في نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التي لا تتنافس حرية التعبير (إلا من خلالها)؛ لم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتباراً.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إضرارها أو وقفها أو إلغاءها إدارياً، بما يحول كأصل عام دون التدخل في شئونها، أو إضرارها بقيود ترد رسالتها على أعقابها، أو تقلص دورها في بناء مجتمعها وتطويرة.

ذلك أن حرية الصحافة قوامها أن يكون الحوار بديلاً عن القهر والتسلط؛ وإنفاذه لإطلال المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبتها عنهم؛ ومدخلاً لتعميق مطروحاتهم فلا يجوز طمسها أو تلويحها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها لنشر الآراء التي يؤمن بها Individual self-expression. فلا يكون سلبها منكفئاً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفرع من بأس السلطة وعدوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، أصلاًن ككلاهما الدستور بالمادتين ٤١ و ٦٧.

فلا يجوز أن تأتي السلطة التشريعية عملاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان متطلباً فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، افترض أن الإذن بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالمادة التي تضمنها المقال بكل تفاصيلها، وأن محتواها يشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نتيجتها، مقيماً بذلك قرينة قانونية محل فيها هذا الإذن محل القصد الجنائي، وهو ركن في الجريمة المعدية لا تقوم بغیره.

ولا ينال مما تقدم، قالة أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أعفى رئيس التحرير من المسؤولية الجنائية التي أنشأتها فقرتها الأولى في حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافياً وفقاً لهذا البند لإعفائه من مسؤوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذا أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومطومة تعينها على معرفة المسؤول عما نشر. بما مؤداه قيام مسؤوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً في إحداثها. فضلاً عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مواجهاً بولقة أثبتتها القرينة القانونية في حقه دون دليل بظاهرها؛ ومكلفاً المتهم بنفيها خلافاً لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسئولاً عن الجرائم التي تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقرم بالنشر، لفقد وظيفته في الجريدة التي يعمل بها، أو تعرض لضرر جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عن أتى الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومطومة لديه، لإثبات مسؤوليته.

وهو ما يعنى أنه أيا كانت الأعذار التى يقدمها رئيس تحرير الجريدة، مثبتاً بها اضطرابه إلى النشر، فإن مسؤوليته الجنائية لا تنتفى إلا إذا أُرشد عن أشخاص قد لا يعرفهم هم المسؤولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما يناقض شخصية المسؤولية الجنائية التى تفترض ألا يكون الشخص مسؤولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً: أن ما تقدم موداه، أنه سواء أكان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخل مسن رئيس تحريرها؛ أم كان قد أذن بالنشر اضطراباً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقفاً لضرر جسم آخر؛ فإن رئيس التحرير يظل فى الحالتين مسؤولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذى أنشأ فى حقه قرينة قانونية لفترض بموجبها علمه بكل ما احتواه المقال المتضمن سباً أو قذفاً فى حق الآخرين. وهى بعد قرينة يظل حكمها قائماً، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقدر من مسؤوليته؛ أو كانت السلطة التى يباشرها عملاً فى الجريدة، تؤكد أن توليه لشؤونها ليس إلا إشرفاً نظرياً لا فعلياً.

سابعاً: وما يقال من أن كل واقعة أوردتها المقال متضمنة سباً أو قذفاً فى حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير، إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مرئود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائى بشأنها -وهو أحد أركانها- علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجة غير التى قصد إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية فى ذلك، شأن الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تنحصر هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد. إذ هى جريمة عمدية ابتداءً وانتهاءً لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أذن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان مدركاً أبعاده وإعياً بآثاره، قاصداً إلى نتيجته.

ومرئود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسئولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائى بشأنها، وإلا كان ذلك تشويهاً لخصائصها.

ومردود ثالثاً: بأن ما تتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبعادها واستنادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطرقها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها في إدارة الحوار العام وتطويره، لا تنقيد رسائلها في ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان بأسها؛ بل توفر صناعتها سواء من خلال وسائل طبعها أو توزيعها- تطوراً تكنولوجياً غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تسابق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقراءها، وأن تتيح لجمهورهم قاعدة أعرض لمعلوماتهم، ومجالاً حيوياً يعبرون فيه عن ذواتهم، وأن يكون أثرها في وجدانهم، وصلتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً، وفاعلاً، ببلوره إسهامه في تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور في جريدة تتعدد صفحاتها، وتتزامن مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً، نافذاً إلى كافة محتوياتها، محصياً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بالفترض سوء نية من كتبها، ولا أن يقسها وفق ضوابط قانونية قد يرق الأمر بشأنها، فلا تتحد تطبيقاتها.

ومردود رابعاً: بأن المسؤولية التقصيرية وفقاً لقواعد القانون المدني -قوامها كل عمل غير مشروع ألحق ضرراً بالغير- هي التي يجوز افتراض الخطأ في بعض صورها. ولا كذلك المسؤولية الجنائية، التي لا يجوز أن يكون الدليل عليها منتحلاً، ولا ثبوتها مفترضاً.

ومردود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد ألقى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمال باشرها تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العلانية في الجريمة التي تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن نقلاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومخطئها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ افتراض مسؤوليته جنائياً بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شئون الجريدة باعتباره مشرفاً عليها، فلا يكون مناطها إلا الإسهال في إدارتها، حال أن الإسهال والعمد نقيضان لا يتلازمان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، بظل دون غيره

مسؤولاً عما ينشر فيها، ولو تحدث أقسامها، وكان لكل منها محرر مسئول مباشر عليها سلطة فعلية.

ومرودود ملانما : بأن صور الإعفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون إبطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور؛ مستتبعا سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

### الفرع الرابع

مناط علم للمؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم

#### في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور<sup>(١)</sup>.

وقد قضي بعدم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية الحلما في ذلك على الدعائم الآتية:

ولاً: أن للقوانين القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل أركان الجريمة بعيداً عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين إلا نفيها.

وهي بذلك تنصّر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التي افترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز دهنها Rebuttable Presumption.

(١) صدر الحكم فيها بجلسة ٣ يناير ١٩٩٨- وهو منشور في ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يلي: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجوز أتمى جنبيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجر مكاناً أو جزءاً منه، أو باعه، ولو بعقد غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك للتأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم".



ثانياً: أن افتراض براءة المتهم، يستصحب الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. فضلاً عن صلته الوثيق بالحقوق في الحياة، ويدعائم العدل التي تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تعليقها على شرط يهدمها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاوياً.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهياً- An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يقتصر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يعتبر مجرد الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً لكون التكتليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملًا.

ويبدو افتراض البراءة أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها مولد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض البراءة، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالي أن تقصر النصوص العقابية، باعتبارها نافذة لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل منهم -ولو تكلنا إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداء" صامتاً، وأن يفيد "التهام" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

ثالثاً: نكّل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ للمطعون عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم المدنية، وأن مناطها قيام شخص بتأجير عين بذاتها أو جزء منها ولو بعقد غير مشهر - كلما تم هذا التأجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صدر عن نائبه أو عن أحد شركائه، أو نوابهم. ومن ثم يكون للقصد الجنائي ركناً معنوياً في هذه الجريمة لازماً لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن التعماد الجديد المناقض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً ممن دخل في العقد الأول، بل عن نائبه، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافتراض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق؛ وكأنهم جميعاً شخصاً واحد يقرر لأمواله عواقبها، ويزنها في إطار من القيود التي حدد بها المشرع نطاق الأعمال التي يجوز أن يبلشها.

وهو افتراض لا دليل عليه، ومؤداه إعفاء النيابة العامة من التزامها بتقديم الدليل على علم المجرر بالتعاقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه في العين التي يملكها.

ونك هي القرينة للقانونية التي ألقمها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بسبها الحرية للشخصية التي تبلور للنصوص العقابية أخطر القيود عليها؛ والتي يعتبر ضمانها ضد كل صور التحامل والفساد، لازماً لصونها؛ وعلى الأخص في إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم قضاؤها فيها متصلاً بأعمال التحقيق التي تجريها بنفسها، والتي تستخلص منها لقتاعها بقيام الجريمة المدعى بها أو انتقائها. فذلك وحده شرط لإصافها.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المواد ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور<sup>(١)</sup>.

والقول بأن الأحكام التي تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن سريان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من العلاقات الإجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، تعتبر أصلح للتمهيد في مجال تطبيقها على النزاع المائل، مربود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصلحهما للتمهيد. ولا كذلك الفقرة الثانية المطعون عليها التي خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التي تضمنها.

### المطلب الثاني

#### التمييز بين القرائن القانونية وأعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٣- على أن القرائن القانونية جميعها -في مجال تطبيقها في النطاق الجنائي- تقتض إعفاء لسلطة الاتهام، من تقديم الدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التكيل على الجريمة في باقي عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتسولاها بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسؤولية الجنائية لشخص معين، تحميلاً على المسؤولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقرائن القانونية في قليل أو كثير. وإنما تتمحض المسؤولية

(١) انظر كذلك في عدم دستورية افتراض القصد الجنائي، قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، الصادر عنها بجلستها المقبولة في ١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور في ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية في هذا الفرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسئولاً جنائياً عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبها؛ فلن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقه بمسئولية غيره بشأنها لتقوم معها وتزول بتخلفها.

وتقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" خير مثال على ذلك. فقد اتهم بعض المسئولين عن النشر في جريدة حزبية بأنهم نسبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنية -وعن طريق النشر في جريدة حزبهم- أموراً أو قام الدليل عليها لكان واجبا عقابه، باعتبارها تشكل في حق جرائم الرشوة والرشوة والتزوير والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بسوء قصد منهم؛ وبغير تكليل من جانبهم على حقيقة كل فعل نسبوه إلى المضرور من النشر.

وإذ كان الاتهام الجنائي قد شمل رئيس الحزب الذي يملك الجريدة، فقد دفع رئيس الحزب بعدم دستورية المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص على أن "يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها".

٦٩٤- وهذه الفقرة هي التي قضى بعدم دستورتها تأسيساً على ما يأتي<sup>(١)</sup>.

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسئولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شخصاً طبيعياً، وليس باعتباره نائباً عن الحزب الذي يمثل قانوناً في التعاقد، وكذلك في علاقاته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقوم عليها؛ بل انضماماً إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتصبحها، فلا تنفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر في الصحيفة الحزبية؛ لا ينظمها إلا نص المادة ١٩٥ع التي تقضى بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر -إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير- بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته".

(١) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٤٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسؤولية رئيس الحزب التي رتبها النص المطعون فيه، مع مسؤولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملاحها ومقوماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه - وإن كان عقابياً - إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أتمها في شأن رئيس الحزب، والتي يعتبر إثباته لها واقعا في دائرة التجريم. وإنما جعل مسؤولية رئيس التحرير الجنائية - وفي الحدود المنصوص عليها في المادة ١٩٥ ع - أصل تنقزع عنه مسؤولية رئيس الحزب - المدعى في الخصومة الدستورية - جنائسيا. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسؤولية الجنائية، فلا يزر للشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جنائها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسؤولاً عن الجريمة، إلا باعتبارها فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التي ناطها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية، التي تنصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً في نطاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التي لا تنفص حرية التعبير عن الآراء إلا من خلالها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حريتها بما يحول - كأصل عام - دون التدخل في شئونها، أو إرهابها بقيود تؤثر في رسالتها.

رابعاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التي تقع من خلال الصحيفة الحزبية، تتعلق أساساً بابتداء رئيس التحرير؛ وبالمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذي يملك تلك الصحيفة - وبوصفها فاعلين أصليين لها. وإذا كان هذان المتهمان مجاهدين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً في إحداثها، وأنها عائدة إلى تخلفهما عن واجبهما؛ فقد غدا لازماً أن يكونا متكافئين في وسائل دفعها. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التي يقبل بها التهمة المنسوبة إليه، واكتفى بأن تدلل النيابة العامة على مسؤولية غيره ممثلاً في رئيس التحرير، لتقوم المسؤولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفي إطارها.

وهو ما يعني أن رئيس الحزب صار - في نطاق مسؤوليته الجنائية للشخصية - تابعاً لغيره في أمر يرتبط بحريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها بأفعال يأتها الآخرون، ويكون مصيره معلقاً عليها. وآية ذلك أن النص المطعون فيه يقيم المسؤولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسئولية الجنائية للشخصية لرئيس التحرير. فإن هو هدمها، أفاد رئيس الحزب من مقطوعها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة. وهو ما يعتبر تمييزاً جائراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص على صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تتكافأ من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائى ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسئولية بطريق القياس Punishment by analogy. فقد لحق المشرع مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسجها، وأضافها إليها لنتبعها ثبوتاً ونقياً، ولجعلها إلى مسئولية مفترضة فى كل مكوناتها وعناصرها.

فلا تقوم للجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهيك عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعية (Mental element)، التى تدل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسئولية رئيس التحرير دون غيرها، موطناً لمسئولية رئيس الحزب، ولديلاً عليها. بل وبدلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول بزوالها. بما يؤكد تضام هاتين المسئوليتين، وأنهما فى حقيقتهما مسئولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شأن رئيس التحرير، وجعلاً عليها.

سادساً: أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مواده، أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إهمالاً وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء، وتباه العدالة الجنائية ويناهض مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يعنى ألا تنشر مادة فى الصحيفة الحزبية إلا بعد عرضها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذاتية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويعبر من خلالها عن توجهه الخاص، لينفرد بالصحيفة الحزبية محدداً إهماء ما ينشر فيها. ومن ثم يندو اختصاص رئيس التحرير منعماً فى نطاقها، وتصير مسئوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض التنظيم العقابي القائم على أن مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للنص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤداه أن تنهض معها -بقوة القانون- مسؤولية رئيس الحزب التي تنفرع عنها.

ثانيتهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكان مؤداه أن تقوم مسؤوليته الجنائية استقلالاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولى بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتخلى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قلعة، وأكثر نفوذاً، وأبعد تطوراً، وأعمق فهماً لآمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجربتها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، وامتناع متابعة الاتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها.

وكذلك فسم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسؤولية رئيس الحزب الجنائية، ومسؤولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامان.

### المطلب الثالث

#### قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

#### فرع وحيد

#### مناطق مسؤولية من يحرض للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، الأحوال التي يقوم بها عوار مؤد إلى تلفها، ويكون مانعاً من تداولها، وقاطعاً بانتفاء صلاحيتها لاستهلاكها آمناً، وهي أحوال حددها هذا القانون حصراً.

ولقد قدم أحد المتهمين إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان (لحوماً) مع علمه بذلك؛ وكان المحضر الذي حرره مأمور ضبط القضائي يتضمن عرضه للبيع لحماً ذبح خارج المجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آمناً للتناول، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم على هذه الفقرة طالباً بالحكم بعدم دستوريتها.

وقد أوجبته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايلي:

أولاً: الأصل في الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أمراضها؛ فلا تخرج عن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها في مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصها الطبيعية. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل في كل صفة عارضة، هو لعدم. ولا يجوز بالتالي أن نفترض النصوص القانونية عوارضاً لتصل بالأغذية، وافقدها صلاحية استهلاكها آمناً، إذ يناقض هذا الافتراض الأصل فيها وهو سلامتها لا تسميتها. وهو أصل لا يجوز أن يهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ يفترض المشرع بالنص للمطعمون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللحوم التي يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤداه تلفها ويقضى إعدامها؛ وكان هذا الافتراض مبناه قرينة قانونية أحل المشرع بمقتضاها واقعة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محل واقعة قيام عارض بها تنتفى به صلاحية استهلاكها آمناً وهي الواقعة التي كان يتعين أن يدور الدليل حولها لإثباتها أو نفيها- فإن القرينة التي أحدثها المشرع في النطاق المتقدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من العوارض التي تسميتها.

وهي تنحي كذلك السلطة القضائية عن اختصاصها المقرر في شأن التحقق من قيام كل جريمة تفصل في ثبوتها أو انتفاءها على ضوء أركانها التي حددها المشرع. فضلاً عن إعفائها النيابة العامة من واجبها في تقديم الدليل على وقوع الجريمة التي تدعيها، وإهدار الحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### قوانين قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق في الملكية

٦٩٦- كان المدعى في الخصومة الدستورية، قد أقام دعواه الموضوعية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمج المصوغات والموازين، طالباً إلزامها بدفع المشغولات الذهبية التي كان قد قدمها لها، مع استعادته لدفع الرسوم المقررة عليها. ثم دفع

(١) انظر ذلك القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بعدم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة التي تنص على ما يأتي<sup>(١)</sup>:

<إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، واردة من الخارج، فلا يجوز سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت مجموعة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة الثانية من هذا القانون.

لذا قدمت إلى مصلحة دمج المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه الأصناف إثبات دخولها البلاد بطريقة مشروعة.

لذا لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشتر إليها، وإثبات شخصية مقدمها لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية من مواطنين مصريين إلى مصلحة دمج المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يؤثر الشبهات حول مصدرها، ومما يحتمل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها من الخارج عن طريق الجمارك أو البريد، وحرصاً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥ من المشروع على أنه يجب على المصلحة المذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها بمعرفة هذه الجهات.

٧٠٠- وقد قضى بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمج المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها مادته الأولى، والتصرف فيها بمعرفة جهات الاختصاص<sup>(٢)</sup>. وذلك تأسيساً على:

(١) حذت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة- المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ وللقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤- المعدل الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها أحكامه.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٧/٥- لقاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.



أولاً: أن القواعد الجهرية التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية، التي ينفذها أن يدان المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تبجل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التي تضمن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، لا يخلوها التدخل في المجال الجنائي لفرض قرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها. إذ لا يحوز ذلك منها، أن يكون إحلالاً لإزاحتها محل السلطة القضائية، لتدحيها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها فسي شأن جريمة بذاتها لا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركناتها بالشروط التي تطلبها المشرع فيهما.

ثالثاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يحض تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمغها، لا يفيد بالضرورة عبورها للحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها للدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أثناء، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسؤولاً جنائياً عن التحايل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعادن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التي يتم الاتعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للدوائر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها في نطاقها، ثم خروجها منها بعد استيفائها لإجراءاتها.

يؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم العمدية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، عملاً مادياً أثناء جان، ولا اتهامها جنائياً تتساند فيه القرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهي بذلك إلى الظن أدخل،

وإلى التوهم أدنى، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالى لإسنادها إلى من يتعاملون فى بضائع فيما وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصالهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. والقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهرباً، ادعاء بلا دليل، لا ينقض الافتراض البراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض فى كل متهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستتب من عيون الأوراق وبموافق الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذا كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التى تسبقها وتؤثر فيها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود فى شأن المعادن الثمينة مؤداها غل يد حائزها -الذين لا يقومون الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصاص عليها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها؛ وكان المفترض فى هؤلاء الحائزين، أنهم أسوياء استصحاباً لأصل براعتهم، شأنهم فى ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلم جميعاً هذا الأصل، فلا ينقض إلا بحكم يكون باتاً؛ فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضمناً تمييزاً غير مبرر بين أولئك هؤلاء، ومخالفاً بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها فى صون الأمن الاجتماعى- كفل حمايتها لكل فرد -وطنياً كان أم أجنبياً- ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة -فى الأعم من الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها، وحمايتها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لوظيفتها الاجتماعية، حددها قواعد الدستور؛ فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها؛ ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها؛ ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها؛ أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تنفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلك تنتقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التى كفلها الدستور بالمادتين ٣٢ و٣٤، ويكون العدوان عليها غصباً واقتناً على كيانها، أدخل إلى مصادرتها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم، بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفي كل ذلك تتلأ هذه القيود من ملكيتهم، وتقوض أهم خصائصها، لتكون على مضمونها وأثرها - صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع عليها بعيداً عن صدور حكم قضائي بها - بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تنص أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المنفردة عنها، لتظل أيديهم متصلة بها، لا تغل عنها، ولا ترد عن حفظها وإدارتها، بل يحيط ذوها بها، وبشكل من التعامل يقررون ملازمة الدخول فيها، وكان هذان الإجراءان - وهما التحفظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص تصرفها فيها - مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكاها عن إدارتها والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدواناً على الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها.

### الفصل الثالث

#### امتناع الإخلال بالحقوق

#### التي كفلها الدستور للمتهمين والمتهمة

#### للمبحث الأول

#### ضمان الحق في الحصول على مشورة محام<sup>(١)</sup>

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية ولصيلة بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا يتولى الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن على المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم<sup>(٢)</sup> وسواء كان المحامي معينا أو مأجورا<sup>(٣)</sup>، فإن الحق في الحصول على مشورة محام يعتبر صمام أمن يكفل لكل متهم ضمانته الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. وبدونه لن تتحقق للعدالة مفاهيمها أو متطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة بعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم على مواجهة الاتهام. فإذا أدركوها في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قلصرة لا تؤهلهم لإعداد دفاع مقنن، وعلى الأخص بالنظر إلى تعقد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأعمق خبرة. وما لم ينقط المتهم حقه في الحصول على مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مسلما بالخرية الشخصية، شأنها شأن أسوأها وقعا عليها. كلاهما يذلل من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانته الدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صنع هذا النظر لصار إعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

(٢) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقائيا قائما على التحكم، وعلى نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذلتها. وهو ما يخل بتقدير شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استعمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يمتازون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؛ ولا في نطق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند تولف شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. بل يجب أن يكون الحقوق عنها، قواعد موحدة، سواء في مجال التداعي بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استدلائها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

وضمانة الدفاع مطلوبة في المسائل المدنية والجنائية، ولكنها أكثر وجوبا في المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التي تملكها سلطة الاتهام في مجال إثباتها للجريمة تدعها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوازنها إلا افتراض البراءة مقرونا بدفاع مقدر، لضمان ألا يذان منهم عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالي إسباغ الشرعية الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التي أتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها. فلا تتعامل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور في المادة ٦٨ من ضمان حق الدفاع -سواء من خلال الأصلاء فيه أو عن طريق موكلهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا. بل فاعلا، فلا يعاق.

ذلك أن الدستور كفل الحرية الشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض القوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطراً. ويتعين بالتالي أن تكون ضمانة الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود عليها، حتى لا تراق الحرية الشخصية من خلال نظم جائزة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يخلطون في فهمهم للقانون عن المحامين المدربين الذين يرتبون حججهم وأوجه دفاعهم، ويقفون على ما نقص في أوراق التحقيق، وعلى أوجه اضطرابها، ويدركون كذلك تناقض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم على المتهم بالنظر إلي خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الجماهير لها أو غضبهم منها، أو لضغائن سابقة أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلى كل ثغرة في النصوص القانونية ذاتها، ويقفون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة المخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكثرها لمصلحة المتهم، ومن الأعذار ما يطفون به من سوء الجريمة<sup>(١)</sup>، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون على بطلان كل دليل يثبتها.

فإذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تضر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون الذين يتولون الدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقضيها حقائق العدل، وواجبا لا ترفا، يؤديه أن الدولة تدين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكلفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدولهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القانون متكافئين في الحقوق. وإلى جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للمعوزين من المتهمين<sup>(٢)</sup>، ليسهل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة -وعلي الأقل في صورتها- الراجحة -مدخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء بإثباتها أو نفيها.

ويشير المحامين فإن مخاطر الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم التافهة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها؛ وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا لرجحان بغض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة<sup>(٣)</sup>.

ولئن صح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم التافهة، إلا أن الجرائم الخلقية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

(١) لولا قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمسك أمام المحكمة بأن قتلها كان انتفاعا عاطفيا غلب المتهم على أمره.

(٢) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(٣) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الجرائم البسيطة التي لا تقيدها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها تافهة، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين<sup>(١)</sup>.

وللمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافيا على الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة -وعلى نفقتها- على كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم على إعداد الطعن. ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تفشل بناء على الثروة التي يملكها كل فريق منهم<sup>(٢)</sup>.

كذلك فإن تكافؤ الفريقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليهما حق في الحصول على عون محام يعمل جاهدا على هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالتالي العقوبة التي قضى بها. فضلا عن أن حضور المحامي، يعتبر حقا في المرحلة الحرجة الواقعة بين القبض على المتهم واتهامه فعلا. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلى الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعلا وملتما لحمل رجال الشرطة على الاتصياح في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون<sup>(٣)</sup>.

وعلى القائمين بالتحقيق أن يخطروا الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلي أن يحضر محام يمثلهم، وعلى الأخص خلال استجوابهم لئلا يفقد عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة؛ وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلا أن يطموا بأنها على الأرجح تحملهم على الإدلاء بقول تنبئهم<sup>(٤)</sup>.

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة على ضوئها في الاتهام؛ ولأن يفابر كذلك في صورها على ضوء الأوضاع التي تواجها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، ووقائعها التي تتعلق بها؛ إلا أن شرط هذا التحديد أو التغيير، ألا يكون منتهيا إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفريق بينهم في ضماناتهم، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل في الاتهام الجنائي، ينبغي أن تؤمن لكل منهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التي يتحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

(١) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

(٢) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

(٣) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعمق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائي معروفاً بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين ألفتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها؛ وأن يتوافر لكل منهم الفرص المعقولة التي يمرض من خلالها وجهة نظره في شأن الجريمة العالقة به. وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يدان شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها؛ فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التي بسطها الاتهام من جهة توافق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نموذجها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دائماً على بيان وجه الحق في الجريمة المدعى بها؛ متعقباً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ متقصياً ألفتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلاً بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضوئها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً في ذلك طرقاً مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجأتها؛ مهتلاً كل الفرص التي يدعم من خلالها مركز المتهم ويقويه، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائي متعدد العناصر ومتشابكاً، تتداخل فيه نقاط قانونية. بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون في أعمق خبراتهم.

والدفاع في كل ذلك، لا يكون فعلاً بخير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا منتجاً بغير إنباء المتهم بالشهود والوثائق التي أعدتها سلطة الاتهام للتكليف على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق في مناقشتهم، ثابتاً؛ ولا جدواً إذا لم يستطع الدفاع - من خلال وسائل إجرائية إلزامية - أن يؤمن لمصلحة المتهم للشهود الذين يلفون الجريمة، وينتقهم وفق اختياره أياً كان موقعهم من الجهة التي يعملون بها؛ ولا صائباً إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التي تعتمد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مرحلة الفصل في التهمة، أو قبلها، أو عند الطعن في الحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غائباً إذا تحصر في مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التي تسبقها، والتي يكون المتهم أثناءها متخوفاً من بأس السلطة وبطشها، ومحاولتها للتأثير في تماسكه، وكأن بدأ أن ترجعها فيما نقل، أو تعارض تصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتعلق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بمرتكبها وبظروفها وببواعثها. فلا يكون المائلون في التحقيق غير مشتبين، يلاحقهم



القائمون بالتحقيق بأسئلتهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسومونهم عذاباً لا قبل لهم به، أو يعرضونهم لضغوط لا يقوون على إصمالتها فتتأخر إرادتهم.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن 'ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كرادع لرجال السلطة العامة، إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غفوة الرقابة عليهم أو غيابها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظلتها كذلك -وما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتي تؤثر إجراءاتها في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية بعد تحريكها، وبوجه خاص كلما أقر قبل رفعها بما يدينه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه؛ وتقيد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالدستور إلى أن يخول بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بغيره كي يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهي مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سباجاً من الثقة والاطمئنان. فلا يفرغ من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون في قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هي يد محاميه التي يقدمها إليه ليقلل الشبهة الإجرامية التي أحاطت به، وقيدت حريته الشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يعزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يسمى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على مشورة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلى الأخص إذا أخطق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلاً أمياً صغير السن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصدقائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم ضرورياً.

فضلا عن أن المتهم بجناية، غالبا ما يكون مضطربا، قلقا على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحاجة القانونية للملازمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطرا. وهو ما حرص نص المادة ٦٨/٢ من الدستور على توقيه بما قرره من أن يكون لكل منهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فلذا لم يكن المحامي -معينا أو

ماجورا -مائلًا مع المتهم، فإنه قد يدان بناء على قرائن غير متضادة، أو على ضوء أدلة متناقضة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها على مضمونها- بالجريمة المدعى ارتكابها<sup>(١)</sup>.

وكما أصر المتهم على أن يكون محاميه مثلًا وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقوفًا حتى حضوره، ما لم يبادر المتهم طواعية إلى الرد على أسئلتهم قبل وصول محاميه<sup>(٢)</sup>. وكما زرع رجال الشرطة بذنية مخرين في زنائن من يشتبهون فيهم توصلا للحصول منهم على أقوال تدينهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالًا بشرط الوسائل القانونية السليمة إذا حصل المخبرون على هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية على بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الأول

فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢- وحق المتهم في الحصول على محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقًا رمزيًا دائرًا في فراغ، ولا هو شكلية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستيراتها التي تكفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالًا بهذا الحق ليس فقط تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله على أن يقدم دفاعًا غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضر الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(٤)</sup>.

وليس كافيًا لحد فاعلية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافيًا الضوابط المعقولة التي تفرضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

- انظر إلى Powell v. Alabama 287 U.S. 45 (1932)

(٢) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039 (1983).

(٣) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v. Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(٤) Geders v. United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professional norms. ويفترض أصلاً قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل<sup>(١)</sup>.

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محامياً من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بحم جواز قبول دليل معين، إذا كان قبول هذا الدليل مفيداً أو مجزياً لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقى باللائمة على غيره بالنظر إلى دوره الأكبر فيها. ويظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام ألامها موضوع التعارض المحتمل بين مصالح المتهمين العائتين أمامها- أن تحققة بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، تحته جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن لو أن تعين محامياً مستقلاً<sup>(٣)</sup>.

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأ في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء على هذا الخطأ.

ويتعين دوماً تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم على ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم على أن محاميه أتى خطأ جسيماً A serious error أثناء محاكمته بما يثير شكوكاً خطيرة حول إنصافها ومحصلتها النهائية، كان الحكم الصادر فيها معيباً<sup>(٤)</sup>. ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي أثر على قضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة القضائية وأدلتها.

وتفترض معقولة أداء المحامي لواجباته، ما لم يتم دليل على عكسها<sup>(٥)</sup>. ويتحقق هذا الدليل إذا أنزلق الدفاع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة<sup>(٦)</sup>. كأن يطعن المحامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات ميعاد الطعن<sup>(٧)</sup>. ولا كذلك أن يكون محاميه قد أعد الدفاع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٢) Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

(٣) Holloway v. Sullivan 446 U.S. 335 (1980).

(٤) Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

(٥) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.

(٦) United States v. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

(٧) Ewitts v. Lucey, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن بعد الدفاع -سواء كان محامياً معيناً أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويقترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع أقواله في شأنها، بوصفهما جوهر النظم الاختصاصية للدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضروريتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملها خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكفل استقلالها وحيدتها.

### المطلب الثاني

#### وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعطي كل قيمة للحق في الدفاع. فالقواعد المتعلقة بالشهادة السماعية، وبالقصد الجنائي، تكاد تكون مغلفة على غير المحامين. وحتى المبتدئين منهم أفضل من آحاد الناس الذين لا يفلتون إلى الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل المتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وينوع الأدلة التي يجوز قبولها، وبوسائل مذاكمتها ودفعها، حتى بافتراض صحتها؛ واتصالها بالخصومة الجنائية وانتاجها في إثباتها.

وبغير إرشاد محاميه، قد يدان متهم لم يسهم بشئ في الجريمة<sup>(١)</sup>. وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السلمية بمعناها في الدستور. وهو شرط يناهض كذلك تعريض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا فقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم الخطيرة، يصدم حقائق الحل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق سارياً في الدول الفيدرالية حتى داخل ولاياتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكافأ الفقراء والأثرياء في مجال الحصول على محام يعاونهم في مواجهة الاتهام، تفرض نفسها على كل محكمة يستبر إنصافاً مدخلا لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجددها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كفاية أوجهها.

The intelligent choice of the defendant.

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرره نفسها قبل أن تنتظر الدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- ولنتاهج الدساتير المصرية لهذا الخط العام، مرده أن التفریط في ضمانات الدفاع يقارنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجوراً أو معيناً<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالي أن توفر المحكمة لكل متهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان معسراً، كان على الدولة أن توفر محامياً من مولدها يواجه الجنائية التي اتهم بارتكابها.

وهو يقبل محاميه ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقنعة. بل إن حق المتهم في اختيار محام في الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التي تقاضيه، ولو لم يكن مقيداً في جدول المحامين بالولاية التي تتخذها هذه المحكمة مقراً لها.

### المطلب الثالث

#### نطاق تطبيق ضمانات الدفاع

٧٠٦- وتكفل دستاتير الدول المختلفة ضمانات الدفاع لكل متهم في الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانات هي التي توفر لكل متهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام معقداً متداخلاً للعناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهرة<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك ما ينص عليه التعديل السادس للدستور الأمريكي [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها *The nature and cause of the accusation*؛ وأن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصل على عون محام.

وتنص المادة ١/١٠٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٣٢ مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقاً في الاستماع إليه أمام المحاكم، ووفقاً لإجراءاتها القانونية. وتقضى المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [١٩٤٧/١٢/٢٧] على أن "حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع في أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضي. وتقرر نظم خاصة للقواعد

(١) *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).

(٢) *Towsend v. Burke*, 334 U.S. 736 (1948); *Plamer v. Ashe*, 342 U.S. 134 1951.

التي تكفل لكل المعوزين وسائل للجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط ولوائح معاملة السلطة القضائية عن أخطائها<sup>(١)</sup>.

وعملاً بنص المادة ٢/٤٨ من دستور روسيا الفيدرالية<sup>(٢)</sup>، يكون لكل شخص قبض أو تم الاحتفاظ عليه، أو اتهم بجريمة، حق في الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو الاحتفاظ أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أُدين بسببها بعد التكليل عليها وفقاً للقانون؛ وبمراعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بخير حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضى.

وفي مصر، نظم الدستور حق الدفاع، كضمانة أولية غايتها صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعاً بأن حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانة لتهنئين الحقيين بخطوة أبعد توخى بها سرعة ما جاء بالمادة ٢/٦٩ - أن تكفل الدولة لغير القانونيين مالياً، ووسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق القضاء الحقوق التي يطلبونها، والانتفاع بحرياتهم التي يسمعون لضمانها.

وتنظر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانة للدفاع كإطار للفصل في كل اتهام جنائي. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>> إن الحرية في أبعادها الكاملة، لا تتفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقاً قبل ملطلة الاتهام، توازئها وتردّها إلى حدود منطقية. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها سبل وفي مقدمتها - حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام، والحق في حاض الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً

(١) ووفق عليه في الاستفتاء في ١٢/١٢/١٩٩٣ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٥/١٢/١٩٩٣.

للجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهة لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه La protection contre L'auto-incrimination >><sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع

#### الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع مدخلاً لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السلمية؛ ولقياً في إطار الحماية القانونية المتكافئة التي لا تريد بها فرص سلطة الاتهام على حقوق متهمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم في اللجوء إلى القضاء؛ كفاً رد كل عدول على حقوقهم وحرياتهم؛ مبلوراً للنور الاجتماعي للسلطة للقضائية بوصفها الحارس الأصيل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مضمولاً بالحرية المنظمة في جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً في النفس وغائراً في أعمالها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلاً بالحقائق الموضوعية دون إغراق في أهدابها الشكلية؛ موافقاً معنى العدالة، ملياً بمتطلباتها.

ومن ثم لم يجز الدستور أن يتدخل المشرع في شأن ضمانات الدفاع بما يرهقها، أو يسقطها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها. بل إن حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، يغنو سراًيا بغير ضمانات الدفاع التي تجلي الحقوق وتقويها، وتقويها من شوائبها، بما يؤهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضل طريقها بالخلخال أو الإهمال. وإنما يكون لكل فرد أن يعرض بصفته الشخصية، وجهة نظره في شأن الحقوق التي يدعيها، أو الحرية التي يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره يطمئن إليه لبقته فيه.

وما حق الأفراد في رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكياً من جور أصابهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمارسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم في بعض المسائل التي تعينهم<sup>(٢)</sup>.

٧٠٨- وتبلغ ضمانات الدفاع في مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٢٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن ضمانة الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحرريات بشماها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التي تحميها.

ثانيهما: أن القرار الذى يصدر عن جهة أولها المشرع اختصاص الفصل فى مسائل عينها لها، لا يعتبر قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التى تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التى ترجع للخصومة القضائية كفتها فى اتجاه دون آخر. وهى تقدم لهذه الخصومة دعائتها من العناصر الواقعية والقانونية التى تزنها الهيئة القضائية بالقطب، فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة واقعة فى إطار النمطية العميقة التى لا يداع فيها. بل هى جهد صادق يبتذل من قبلهم لإعانتها على أمرها بما يعزز نهوضها بالرسالة التى تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبنيدها، وطاقات لا يجوز أن تهدر، ووقتا لا يستباح فى الضياع.

٧٠٩- ولازم ما تقدم، أن حق الدفاع فى جوهره لا ينفصل عن الحقوق التى يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العدوان عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه فى وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

### المطلب الخامس

#### الآثار المترتبة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذا كان الدستور -ومن خلال النصوص القانونية التى كفل بها ضمانة الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التى ينبغى عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التدخل تشريعياً لمنهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى محظوراً. ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية فى مسعيها للوصول إلى الحقيقة، والتمسك كافة الوسائل التى تعينها على تحريها. ويفترض ذلك أن يدير المحامون الدفاع عن موكلهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التى لا يجوز الانتحار بها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية.

ويغير معاونتهم هذه<sup>(١)</sup> -وبشرط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية إن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى فى صورتها الراجعة. بل مشككا فى نتيجتها بما يزعم الثقة فى مصطلحاتها النهائية. وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بإفكار موجهاتها، وخرقاً بالمحاكمة الجنائية عن

(١) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).



إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض أدلتها، لتتزل المحكمة عليها حكم القانون على ضوء تقييمها لما يدور في جلساتها. وضمانة الدفاع هي المدخل إليها. وغايتها عن الخصومة القضائية مؤداء طمس بعض وإعانتها أو تحريفها أو تشويهها<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهوماً أن دفاع المحامين عن مصالح موكلهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين نقطة في مرحلته المختلفة وحلقته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مراقبة ختامية A closing argument يركزون فيها على النقاط الأساسية للاتهام ويواجهون بها جوانبها المختلفة A summation.

### المطلب السادس

#### حقوق المحامين في مواجهة موكلهم

٧١١- ويظل لازماً بيان الحدود التي يلتزم المحامون بمراعاتها في الدفاع عن مصالح موكلهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة في أصلها تقوم على الإبداع. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين في الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بغير خياراتهم التي يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكلهم. وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التي تقتضي منهم بذل العناية الواجبة التي يتوقعها الشخص المعتاد في إطار من القيم الواقعية -لا المثالية- التي تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢- ويتعين بالتالي أن يكون لموكلهم الحق في تمثيل ملائم يرعى مصالحهم، ويرد العدوان عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التي تناولها التوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في ليلاتها العناية الواجبة التي يملها المتبصر.

فإذا انزلق للمحامون في دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغي عليهم تداركها وتوقفها، فإن الخصومة التي وكلوا فيها تتحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانة الدفاع دون مستوياتها الواجبة قانونياً.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٥- ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

انظر أيضاً:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التي كفلها الدستور، وهي حقوق ليس لها قيمة في ذاتها، ولا ينصور أن تعمل في فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التي تقارنها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك بدور الحقوق التي تحميها في بناء النظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظمة<sup>(١)</sup>. ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جواً غير ملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تنهياً بها فعالية الدفاع عن المتهم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السابع

#### حق للدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٣- وإذا كان الحق في الحصول على مشورة محام، قائماً في الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك في المراحل الحرجة التي تسبق تحريكها، حين يكون المشتبه فيهم في حاجة إلى حماية محاميهم.

وهو ما يتحقق في صور كثيرة يندرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صنفهم جميعاً في ظاهور عرض Arraignment حتى يتحرف من شهداء الجريمة. بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التي تحضهم على الإقرار بذنبهم؛ أو إذا كان يتعين عليهم إلقاء دفع أو دفاع في المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانة للدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحر عام في جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ في مواجهة شخص بوصفه مشتبهاً فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التي تتحفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنتزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبئه إلى أن من حقه أن يظل صامتاً، وأن يحصل على مشورة محام -معيناً كان أم ماجوراً- وأن يعصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يستمتع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٧/١٩٩٤ - لقاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Holloway v. Arkansas, 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه أو آخر - أن تخطر به بأن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالى حمل شخص على الإقرار بشيء يتعلق بالجريمة، سواء كان هذا الإقرار ملبياً نافياً ترديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابياً يثبتها عليه Inculpatory statements. وفي هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوابه على حضور محاميه. ومجرد إجابته عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل باختياره الحر، للنزول عن هذه الحقوق جميعها.

وبوجه عام، فإن ضمانات الدفاع يتعين إعمالها في أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته اللاحقة، كافية لحقائق العدل، جوهر متطلباتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثامن

#### البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم

٧١٤- ولا يعنى الحق في الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم في اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه -سعيًا كان أم مأجوراً- مائلاً وفاعلاً في جوهر مراحلها، متتبعا لإجراءاتها، متصلاً بأوراقها، متابعاً الطرق الأفضل التي يعد من خلالها أوجه دفاعه، بما في ذلك مواجهة الشهود وتجريحهم، والاعتراض على وجود بعض المظنين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التي يعرضها عليهم، حتى يؤثر في عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم في المحكمة الابتدائية، لا يخول المحكمة الاستثنائية أن تكتفى بما أبداه من دفاع في المرحلة السابقة. ولا أن تنتظر إلى الأوراق التي لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، وإثباتها، وحتى نهايتها، وكذلك عند إعداد الطعن في الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله في إطار من الفرص الحقيقية التي يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥- وما يخل بضمانة الدفاع:

(١) Groover v. California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهدر الجهة الإدارية بتتصنها علي المتهم -ولو بطرق ملتوية- سرية أحيائه مع محاميه.

٢. أن يصلح القضاء بطريقة ظاهرها للتحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو التضيق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميههم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو ولاعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يختلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الأخير، لا يتعلق بغير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-حون ثمة قيود- الأسئلة التي يتغيا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تفقدها مصداقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مضموراً -ولو في بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهنيده بترحيل زوجته وإبعادها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعالاً، إلا إذا كان يقظاً متقبها مراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة؛ متكبها لكل حجة يتأثر بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل الوسائل التي يملكها وفقاً للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنسبها لمصلحة المتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقال بتوفر ضمانات الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي لختار محاميه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تعييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويظنون بنظامها ويرتكبون بالتالي جريمة احتجازها؛ إلا أن من الفقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافياً، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### الصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة القضائية لن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -في نهاية مطلقها- حلاً منصفاً يمثل للترضية القضائية التي يبتغيها من يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملاً

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume I, P. 322.

بغير ضمانته الدفاع التي يعرض الخصوم في نطاقها أدلتهم الواقعية والقاتونية التي لا يتميزون في مجال بسيطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالي أن تنفصل ضمانته الدفاع عن حق النقاضي. إذ هما متكاملان، ويعملان معا في إطار لترضية القضاية التي تبلور حقوقا يريد الدفاع اجتناءها من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بالتالي لضمانته الدفاع أية قيمة بعيداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، ولقاءً وراء جدران مغلقة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكافة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعي على خلافها، من لغو القول، مؤدياً إلى التسلط والتحكم.

ذلك أن ضمانته الدفاع أكثر اتصالاً بفرص إنفاذ الحقوق التي يطلبها أصحابها. وهي تلوح بمبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص في اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملاح الشخصية لحق الدفاع التي كفلها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص في الدفاع أصالة عن الحقوق التي يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً في مباشرة حقوق الدفاع، بصانم - على حد تعبیر المحكمة الدستورية العليا - النبض الجماعي لحقائق العدل<sup>(١)</sup>.

### المطلب العاشر

#### امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على دفعها، ولو أسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانته الدفاع وفقاً لحكم هذه المادة؛ لا تعتبر من قبيل الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التي تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءاً من منظومتها المتكاملة التي تختل ركائزها بغير حقوق الدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزاء - ولما كانت طبيعته - تقارنها بالضرورة ضمانته الدفاع، وإلا بطل الجزاء بكل أخطاره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضيه أن يخطره بكل قرار هام سيتخذه، وبالمرحلة المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكله أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعة رقم ١٨ - من ٣١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بذير دفاعه على ضوء من الاكتدار والخبرة، وفق المتفائيس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بعينها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسؤولاً فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البديل واتخاذ للقرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع اليقظ عن موكله<sup>(١)</sup>.

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق في الحصول على مشورة محاميا، يدخل في جذور كل محاكمة منصفة. وهو شرط في انتظام إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل متهم في كل مرحلة تؤثر في القرار النهائي المحدد لمصيره.

#### المطلب الحادي عشر

#### لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

٧١٩- واختيار المتهم لمحام يثق فيه، هو الوجه المقابل لتعيين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل في حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم الحجة التي يولجهمون بها الاتهام، ويسلويهم بالنيابة العامة، وبالمتهمين المتفقين، وبالموسرين وبالفطنين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها في مصلحتهم، وبالذين بجهلون كل شيء فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التي لا يجوز قبولها، أو التي لا تعلق لها بالاتهام. وإلما هي العدالة الكاملة محددا إطارها على ضوء متطلباتها التي تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم في الحصول على مشورة محام، كافيا بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية للقانونية السليمة. وصح القول بالتالي بأن التمييز بين الجناية والجنحة في مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لغوا. ذلك أن العقوبة في هاتين الجريمتين، تنبذ من الحرية الشخصية في كثير من تطبيقاتها.

وكما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزا، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بان من أوراق التحقيق تساند الأدلة ضد المتهم وتضامرها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام أن يغير شيئا يتعلق بالجريمة من جهة رجحان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستئنافية للاتهام، يقيم تمييزا ملتويا بين القادرين وغير القادرين. وشروط حرمان المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهي كذلك تعليق لحق

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، على الثروة؛ وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جرد متطلباتها، وتقرير لخطوط حاجزة بين المعمدين والموسرين بالمخالفة للدستور<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني عشر

#### لا يجوز للنسابة أن تخفي عن المتهم واقعة تفيد في حصص التهمة

٧٢٠- ولأن الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها؛ وكان لمحامي المتهم أن يعد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخمتها؛ وكان ذلك مؤداه ألا يفاجأ بواقعة أخفتها النسابة، ولم تخطر به قبل المحاكمة؛ فإن كشفها يكون ولجبا عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها *Favorable to the accused*. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها<sup>(٢)</sup>. *Material to guilt or punishment*.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ مقول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تعد النسابة إلى كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي اتصل عليها بها<sup>(٣)</sup>. ذلك أن إخفاءها، يجهل بها. ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يعجزه عن إجهاضها. فلا يكون جزءا حجبها عن الدفاع غير استبعادها حتى لا يحول المحلفون عليها، وكى لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضيا محاكمة جديدة<sup>(٤)</sup>.

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلى المتهمين كل مطومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها؛ إلا أن ولجبا هذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع على ملفاتها على المحكمة وحدها، وفي غرفة مظلة *In Camera review*.

(١) Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).

وفي هذه القضية كانت المحكمة المنقوض حكما قد حصت الأوراق وقررت ألافادة من تعيين

المحامي.

No good whatever could be served by appointment of counsel.

(٢) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

(٣) United States v. Ragly, 473 U.S. 667 (1985).

(٤) Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأن يطلع النسابة قبل المحاكمة على أسماء شهوده. فإذا كانت له حجة غياب *Alibi*، فإن عليه أن يطلعها كذلك على اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يستبر ذلك إخلالا بحق المتهم في ألا يدين نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم على وجه التقابل، للترام كل من النسابة والدفاع باطلاع الآخر قبل المحاكمة على ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يعلم بوقعة بذاتها حوتها ملفاتها هذه، جاز أن يلتمسها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

ولكن ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم ويناتهم بما يمس أسوأ صور استغلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهدا غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذرا. وما لم يتوافر قدر من المبرية للشهادة التي ينطلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يعزفون عن الإبلاغ عنها، أو التكليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء هؤلاء إلي أن شهادتهم لن تداع علي نطاق عام بما يحد من مخاوفهم في الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

(١) Pennslvania v.Ritchie, 480 U.S. 39 (1987).



المبحث الثانيالحق في الكفالة في المواد الجنائيةLe droit au cautionnementالمطلب الأولمضمون هذه الكفالة وعملها

٧٢١- يقصد بالكفالة في المواد الجنائية، قدر من المال تحده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يمثل أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتى يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعوه للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبر الحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترتد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا نفترض أن يكون الحق فيها قائما في كل الأحوال ومن ثم تكفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها<sup>(١)</sup>.

والفرض في الكفالة أن يؤديها المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتي لا تكون مخالفة للدستور. وهو ما تردده الدساتير المختلفة التي تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين. فلا تقيد حريتهم من خلال حبسهم احتياطيا، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التي حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل في التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل في شيء أن يظلوا مودعين في أماكن الاحتفظ عليهم إلى أن يتم الفصل في هذه التهمة بحكم يكون باتا. ومن حقهم أن يقدموا كفالاتهم حتي بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعونهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم في الاتصال بمحاميتهم من أجل نحض الاتهام الجنائي، وعلى الأخص من خلال الوثائق التي يقدمونها لنفيها. ولا يستطيعون كذلك أثناء الاحتفظ عليهم، الإتفاق على أسرهم وإعالتها.

وكفالاتهم المغالية فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطيا عن جريمة لا زال أمر الاتهام فيها مطلقا ولم يفصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا ثغرا من العقوبة لا يستحقونها.

(١) Clarkson v. London, 342 U.S. 574 (1952).

وهو ما يناقض الأصل في البراءة وفي الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يدان المتهم قطعياً عن الجريمة، وتؤكدان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجبها- فإن افتراض البراءة وما تحقق على طريق النضال من أجل إرساء أصله، يقدو عقياً وجهداً ضائعاً<sup>(١)</sup>.

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض في الجرائم الخطيرة -كذلك التي تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة يفرج عنهم بعد دفعها، وتستبقهم في سجونها إلى أن يتم اليت في الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يعطل حريتهم عملاً. وهو ما يعنى التمييز بينهم وبين المومنين في شأن تخطين يتعلق بالحرية الشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فإن الآخرين يدفعونها ولو عظم مبلغها.

وليس في المستور نص يجيز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضالته موارده، وإلا صار أمر الحرية الشخصية وقفاً على الأعداء مكانة وقرأ.

ويتعين بالتالي أن يكون لكل متهم حق في إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإنما كلما توافر الاعتقاد المنطقي -على ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصياً لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ما أطلق سراحه، فإن حبسه احتياطياً لا يكون مخالفاً للمستور<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### بطلان المغالاة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالى فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازماً عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجته مذنباً<sup>(٣)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التي حدتها المحكمة، ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو في غيرها من أماكن الاحتجاز.

ويتعين -على ضوء ما تقدم- أن يحدد مقدار الكفالة التي يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهي معايير موضوعية وشخصية، يدرج تحتها سجل المتهم في الإجرام؛ ونوع النشاط الذي اختطه وألفه

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

(٢) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).

(٣) Hudson v. Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياتها؛ وطبيعة الجريمة التى اتهم بارتكابها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى يَبْدِي سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة -كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية- أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة الجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يبهظها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا الخفض من المسائل التى تتركض فيها المحكمة الاستئنافية، ذلك أن معقوليتها شرط اقتضاء الدستور لصحتها<sup>(٢)</sup>.

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإفراج عنه حتى للفصل نهائياً فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخياً مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالعرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم للقانونية فى الدول الديمقراطية، تفترض ألا يحمل الشخص على معاناة عقوبة مقيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التى اتهم بها.

إذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدمها أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدانته قطعياً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويتضمن عقوبتها، لا تقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم وتبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براءتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدئذ مخالفة توقيعهما للدستور أو القانون، عملاً منافياً للحق فى الحرية، وهى الأصل.

(١) Federal Rules of Griminal Procedure, Rule 46 (C).

(٢) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإقراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حجبها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإقراج يعتبر حقاً كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكلت لسبب الطعن راجحاً قبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإقراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكيمياً.

٧٢٢- والكفالة على ضوء ما تقدم -تحرر المتهم من القيود على حريته، وهى قيود لا يجوز اقتضاؤها، وتنفيذ مقتضاها، قبل صدور حكم باتٍ بفرضها.

ودفعها مؤداه ألا تكفى للمسجون بأشخاص يودعون فيها، ثم تظهر برائتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم أثناء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضماناً لظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يخرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تزيده<sup>(١)</sup>. فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التى أنفقتها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المغالية فيها، شأن الغرامة الجنائية التى يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التى تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessive Fines. كلاهما مخالف للدستور.

(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights, second edition, 1988, p.217.

### المبحث الثالث

#### حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه<sup>(١)</sup>

#### The Privilege Against Self - Incrimination

##### المطلب الأول

##### مفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل الشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائياً، من المسائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوباً، إلا أن مضار القمع عليها، تتناقض حق من يدلي بها في كتمانها، وفي ألا يؤاخذ بخير الأقوال التي يريد إعلانها، ومصالحته في ذلك تربو حق الجماعة في تعقبها للجانة، ولقبض عليهم وتقدمهم إلى القضاء لينالوا جزاء ما اقترفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المنتحلة التي تتخيا مجرد ملاحقة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه على الشهادة، إخلال بإرادة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من نطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر على تلفيقها. ومن ثم نسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تدينهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضللون المحكمة الجنائية ويعوقونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليها من القضايا.

ذلك أن هذا الامتياز -في أصله ومرماه- ضمان لحرية الأشخاص في الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بخير ما يريدون. وذلك قيم تكفلها للاستائر جميعها انطلاقاً من حرصها على الحقيقة التي لا تكتمها أقوال يدلي بها أصحابها مخافة أو زيفاً أو غصبا، أو تحاملاً<sup>(٢)</sup>.

وإذا قيل بأن هذا الامتياز يعصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقيهم تدخل السلطة في شئونهم وخواص حياتهم لانتزاع أقوال منهم تدينهم بها في إطار نظم قمعية، تقوم في جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفهم، وتعقبهم وخرق

(١) يلاحظ أن هذا الخطر مقرر بالقاعدة التي تنص:

[ Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [ لا يكلف الشخص بإتهام نفسه].

٢٠٠٠ ٢١ : ٢١١ (١٩٧٨)

أعراضهم، والتحقيق في أدق شؤونهم، ولتتحم مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بتكامل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخائلم التي لا يجوز الإطلال عليها؛ وفرصهم التي توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التي تتولى التحقيق معهم؛ وسكيتهم التي لا يجوز الإخلال بها بما يروعه أو يثير اضطرابها دون مقتضى؛ وحقهم في حياة متكاملة يشكلون أعضائها بالطريقة التي يرونها، فلا يحصلون على الإقرار بثنوبهم<sup>(١)</sup>.

ويتعين بالتالى أن ينظر إلى هذا الامتياز في إطار الحقوق التي كفلها للمستور لكل فرد، وليس كخطيئة يتعين النفور منها، والإعراض عنها، ووصم من يترون فيها بمجاوزة القيم الخلقية، انحرافا عن مطلبتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يقررون ضمنا بالجريمة، ولا يعتبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كمجرمين لمجرد احتجاجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفا للمستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرها اتصالا بجوهر النفس الإنسانية. فضلا عن أن كثيرين من المشوهين أو المتهمين، أبرياء في حقيقة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تزعهم ببأسها، وتقوض أطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم في الإقضاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليل جرمهم.

### المطلب الثاني

#### الأشخاص الذين يتمسكون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الإمتياز، فلا يجوز أن نثيره لية منظمة ولا أن نتحج به لحسابها. وليس للعاملين في أية جهة منحها المشرع للشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، ألوجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، يزعم أن هذه الوثائق أو تلك الشهادة قد تدينها، وأنهم مؤتمنون على وثائقها، وعليهم مسؤولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بواجباتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفتهم ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمسوغ، تحين عليهم تقديمها لها، ولو أدانتهم هذه الوثائق في أشخاصهم.

(١) Murply V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعتبارية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصنفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التي طلبتها. ولا كذلك الأوراق التي يملكها أشخاص طبيعيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التي يحوزونها بصفتهم الشخصية البحتة. ذلك أن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٢٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرر القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائي إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك في نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصى الحقائق البرلمانية؛ وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوباً في المحاكمة الجنائية التي يعتبر هذا الامتياز مقررأ أصلاً لمصلحة المتهم المائل أمام المحكمة إذا سئل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التي لا يستها، كأن يرسل من سلطة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أداة هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تنتشر أجزاء الدلائل التي تتوافر لسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلى المتهم حتى يطلعها على حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الشرور التي يتوحي هذا الامتياز توقيها، تربو على كل مصلحة تتخيا الجماعة حمايتها في مجال تعقبها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها<sup>(٢)</sup>.

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التي يدلى الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقاً للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التي قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بولائه لها قد يشي بنوع أو ينطبق الشهادة التي يريد كتمانها.

(١) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 372 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

(٢) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).

ويلا حظ أنه وحتى إذا كان الشخص المائل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشتبه الأول في الجريمة، فإن من حقه أن يتمتع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه.

ويتعين بالتالي لجواز الاحتجاج بالامتياز، للنظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها حثي سياقها وعلى ضوء الأوضاع التي تلاعبها- الحصول على إجابة يضر الإقصاص عنها بمركزه، فإن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً. ولا يجوز بالتالي حمل متهم على أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك أن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها<sup>(١)</sup>. وليس اعتراكا بها مجرد سكوته عن الود على الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة<sup>(٢)</sup>.

بل إن للمتهم في جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتياز، إذا كان من شأن الاحتماء به توقي الإقرار بالجريمة المظنية في الولاية، وجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح القول بالتالي بأن هذا الامتياز لا يجوز أن يفسر تفسيراً "ضيقاً، ولا بصورة تصفية تخل بالأغراض التي يستهدفها.

وييلور. هذا الامتياز تقدماً هاما في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مدنياً. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والأمال النبيلة التي تعصم بها كشرط للحرية المنظمة التي يناقها أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما يناقض خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، ويقوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع أقوالهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتياز، يوفر أحيانا غطاء للجناة، إلا أن تطبيقه في أكثر صوره، كان حملياً للأبرياء<sup>(٣)</sup>. وصار اليوم ضماناً ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره مؤثلاً لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية<sup>(٤)</sup>.

ولا يجوز بالتالي إخراج من يحتجون بهذا الامتياز في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعامل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كقرينة قاطعة على التكليس، وإلا صار ملهية بغير مضمون A. Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الإنسان سوان كان بريئاً- قد يظل متخوفاً من الاتهام الجنائي<sup>(٥)</sup>.

(١) Heike v. United States, 277 U.S. 131 (1913).

(٢) Bruno v. United States, 308 U.S. 287 (1939).

(٣) Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbour, 378 U.S. 52 (1954).

(٤) Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956).

(٥) Slochower v. Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).



علي أن الامتياز المذكور ليس يحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفيد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتفاء بذلك الامتياز مبرراً أو غير مبرر. ويكون الاحتجاج بامتياز عدم الحمل على الشهادة Testimonial Compulsion، مبرراً، كلما كان ظاهراً بوضوح من الأسئلة الموجهة إلى الشخص، أن لها من تركيبتها، وفي محيط إقائتها، ما يجعل الإجابة عنها منظوية على مخاطر جنائية يتعين توقيها<sup>(١)</sup>. وصار مقررًا كذلك أن مايتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظام قضائي لا يدين الجناة، مالم تحمل سلطة الاتهام على عاتقها التكاليف بنفسها على الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبرراً، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقادم، أو بواقعة أثر بها للشخص في جملتها باختياره، ثم رفض الإفصاح عن تفاصيلها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تتعلق بجريمة أدان عنها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلى جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة<sup>(٢)</sup>.

وكما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثل لأمامها قد يشكل جريمة احتقار لها. فإذا ظهر لأمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة على أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها<sup>(٣)</sup>.

ويفترض حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قائمة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلعه على الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائياً إمكان ملاحظته جنائياً عن الجريمة التي حوتها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الآثار التي يرتبها. وشرط ذلك أن تعمل هذه الحصانة في الدائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن تترأ عن يتمتعون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدبهن. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Emspak v. United States, 349 U.S. 190 (1955).

(٤) Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950) : See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN.L. Rev. 671 (1968).

وتعطى هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغير الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها<sup>(١)</sup>. ويفترض إعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تتبسط مظلتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي بدلون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك علي صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتي لاتقيد الملطة أيا كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أدلي بها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تمهد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة اللجنة وتعقبهم وتقديمهم إلى القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تشملها هذه الحصانة تفترض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها<sup>(٣)</sup>.

فلذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة علي الشاهد، فإن حمله علي الشهادة التي لا يريد إعلائها، مؤداة اعترافه جبراً Coerced Confession بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء -ولو كان مؤقتاً- ولا نتاج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يعللها<sup>(٤)</sup>.

وفترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عنوة<sup>(٥)</sup>. ولا يعتبر حمل المتهمين علي الشهادة ضد إرادتهم، قرين تعذيبهم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكتنهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحملهم هذه الشهادة بما لا يطبقون لأنهم يدينون أنفسهم بأنفسهم<sup>(٦)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضمناً ضد الاحتقار العام للجاني سخرية، أو تهكما. ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أدلي بها كدليل ضده -لا ضد غيره- في اتهام جنائي بما يجرده المشرع، والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم علي أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التقدير، ولتقيم حاجزاً بينها وبين المتهم، مانعاً إياها ليس فقط من استخدام شهادة مفتعلة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها يدان به.

(١) Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Murphy v. The Waterfront Commission of New York, 378 U.S. 52 (1954).

(٣) Shatwell Mfg. Co. v. United States, 371 U.S. 342 (1963).

(٤) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).

(٥) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

(٦) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الأدلة التي تقدمها السلطة ويجوز قبولها قانوناً، هي التي تتحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل المتهم على الإدلاء بها<sup>(١)</sup>.

وسواء أثار المتهم هذا الامتياز داخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو علي صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تطرق الحمل على الشهادة بمرحلة التحقيق في الجريمة، وكان سابقاً بالتالي على مرحلة الاتهام<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الرابع

التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أثل، لا يناقض

امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargin، التي تتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخى بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أثل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلاً.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم القانونية حتى يتوقى المتهم -حال نجاحها- مدداً طويلة للحبس الاحتياطي، ومصيراً مجهولاً يقارن محاكمة طويلة إجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفاً بنتيجتها؛ وحتى تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالاً طائلة تنفقها في مجال التكاليف علي صحة التهمة التي نسبها إلي متهمها؛ وحتى يطمئن الجمهور إلي أن الجناة سيودعون السجون بما يقيد حريتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحراراً في كل طريق، عابثين بكل القيم إلي حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأكل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حراً -لا إكلاء- وألا تدخل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينه وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تتغذى فقد تعين القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريد كتمانها، يغير تماماً عملية التفاوض المشار إليها آنفاً، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Douglas في قضية:

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا ثابر على إنكارها، وبين احتمال الحكم ببراعته منها وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقر مختاراً بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتياز المتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمنان ضد حمل المتهم جبرا على الشهادة، وليس مخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها<sup>(١)</sup>.

وما لراه هو أن عملية التفاوض هذه -وإن أقرتها بعض النظم القانونية- إلا أن شبهة مخالفتها للمستور يظهرها أن المتهم يفاضل -من خلال عملية التفاوض- بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدين عنها ولو كان بريئا، ليحمله هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها بمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

### المطلب الخامس

#### نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٩- ويطلب كل تطبيق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبراً، ويطلب كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المحلفين بأن سكوتة دليل جرمه.

ذلك أن هذا التطبيق أو التوجيه من بقايا نظم للعدالة الجنائية يقوم على مطاردة الجناة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإرهاقهم وتذويبهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحض عقاباً ضد أشخاص يركنون إلى امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومؤد فضلاً عما تقدم، إلى إعانتهم ليجملهم بما لا يطيقون<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز الركون إلى هذا الامتياز لحماية شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة على التخلي عن الحماية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تفصلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز<sup>(٣)</sup>.

(١) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T. Mason & William M. Beane, American Constitutional Law, 6<sup>th</sup> ed. 1978, P. 669.

(٢) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

(٣) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967). ويلاحظ أن هذا الامتياز مقرر في التشديد الخامس للمستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التشديد في تعطيل حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صلا مقرر في القضايا المدنية، وأمام هيئة المحلفين الكبرى وأمام اللجان التشريعية. انظر في ذلك:

Antieau, Modern Constitutional, Law, Volume one, 1969 P.195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص علي الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسئوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد نطاق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي ينلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الدلائل اللازمة للاتهام ببعضها، لتجمعها سلسلة واحدة متصلة حلقاتها<sup>(١)</sup>.

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قبل المتهم الشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل الشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلي غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أعطي طواعية للشهادة الموشومة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد علي الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها<sup>(٢)</sup>.

٧٣١- وأكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتنياز، عند التحقيق مع المتهم بعد اجتازه وتقييد حريته بوجه أو بأخر Custodial interrogation. ومبادرة رجال السلطة القائمين علي تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، معلق علي تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول علي مشورة محام، سواء كان معينا أو مأجورا.

ولمن احتجز علي النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون النزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلي رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلي المحتجز لديهم إذا أبلغهم بحزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره علي بعضها.

ذلك أن حظر الحمل علي الشهادة مؤاده، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا؛ فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان ينلي به بعد تمسكه بامتنياز عدم الحمل علي الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به<sup>(٣)</sup>.

٧٣٢- وفي مصر تنص المادة ٤٢ من الدستور الدائم علي أن المواطنين لا تجوز معاملتهم -سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم علي وجه آخر- بما يخل

(١) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Miranda v. Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إيداعهم بدنياً أو معنوياً، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون، ولا اقتراح أقولهم تحت وطأة شيء مما تقدم أو التهديد بشئ مما تقدم، وإلا تعين إدارها وعدم التعويل عليها.

ويدخل في مفهوم هذا النص، الحصول على الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبراً عنهم، لأنها تنترع تحت وطأة إكراه أو تهديد بإيذاء -بديناً كان أو معنوياً- فلا تقوم لها قسمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع في أوراق خاصة، يلزم مالكها أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إدلاء الشخص بشهادة كذبة، مبناه نص في الدستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

#### المطلب السادس

##### صور من التحقيق لا يشملها الامتياز

٧٣٣- ولأن الجناة كثيراً ما يتركون في مسرح الجريمة آثاراً تدل عليهم يندرج تحتها بصماتهم وأدواتهم في تنفيذها، وأحاديثهم التي تبادلوها وسمعها آخرون، ولتطباع أقدامهم التي خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه في مكان الجريمة، وملاحمهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التي ظهروا بها وهم يقدمون عليها، وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جناتها المحتملون، فإن القطع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التي يمثلون أمامها، أن تبذل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسؤولين عنها، وكلوا أطرافاً فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، يندرج تحتها صفهم مع آخرين، وخطهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالماً في الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وأثر أقدامهم، بذلك التي خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل في تطبيق عبارة دونها أحد الجناة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو تكلفهم للنطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها، أو تعيد ملاحمهم إلى صورتها الحقيقية التي حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التي كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التي يحمل المتهمون على القيام بها -والتي يدخل فيها مراقبتهم في مشيبتهم إذا كان أحد الجناة معوقاً أو ذو مشية خاصة- لا شأن لها بالشهادة التي يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بخواص حياتهم التي يريدون كتمانها، وإنما هي أعمال غير مقصودة لنفسها، تنحصر غايتها في الفصل بين فريقين لأحدهما دور في الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان الجناة عليها، أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التي شوهدوا بها<sup>(١)</sup>. An identifying physical characteristic. كان يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تغطية وجهه بمنديل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

#### المطلب السابع

#### التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها

٧٣٤- ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها؛ وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيما يكون من بينهم متصلاً بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التدخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط متزحاً وهو يقود سيارة في الطريق العام، جائز في مفهوم كثير من النظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها<sup>(٢)</sup>.

وفصلاً في هذا التدخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم والقصاص منهم؛ إلا أن هذا التحديد يباير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) Schunember v. California, 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر القضاء المخالفون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تحليل العينة التي تؤخذ من دم السائق، تكفيه بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حقاً مغموراً أثناء القيادة.

(٣) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤتمنة، دائرة منطقية لا تعطل أو تعزل أعمالاً لا شأن لها بها، غايةا مطاردة الجناة وتعقبهم.

### المطلب الثامن

#### مضمون الشهادة التى يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- والشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمرقبة الطريق كى يفرد الجناة بغريمهم؛ أو التى تلقاها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل متهم النزول عنها اختياراً". فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التى قبل الشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدق تفصيلاتها<sup>(١)</sup>.

ولا يعتبر نزولاً اختيارياً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة تطلبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاء لها أو نقتها به، لا يجوز أن يصير مشكوكاً فيه لمجرد تمكنه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة الجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخبيراً للقائم بالعمل العام، بين أن يظل صامتاً فلا يدان، أو أن يتكلم، ليحكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به<sup>(٢)</sup>.

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعدد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى ألصق عنها<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن هذا الامتياز -على الأقل فى جنوره التاريخية- لا يتوخى حماية الخطائين، وإنما هو مقرر أصلاً لمصلحة الأبرياء الذين تصيبهم السلطة بأسسها، وتفرعهم بضراوتها، فلا يجدون غير صمتهم ملاذاً لهم فى مواجهتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو انزلقوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتمنون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

(١) Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٢) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967).

(٣) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).



### المطلب التاسع

#### حظر الحمل على الشهادة لإيقوم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذ كان الامتناع عن الشهادة -في إطار اتهام جنائي- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبتها؛ وكان لا يجوز لسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تعلق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على تربيته في الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة في المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضي، ولكل خصم في الخصومة المدنية، أن يستنبط من هذا الامتناع، كل نتيجة منطقية يمكن ربطها به.

### المطلب العاشر

#### أهمية الامتياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤتمنة، بأنه أحد أبرز النقاط في كفاح الإنسان لجعل نفسه مدنيا. وصار هذا الامتياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعانقاً ضد تدخل الدولة في طرائقهم في التعبير عن الأفكار التي يؤمنون بها<sup>(١)</sup>.

وقرر آخرون أن هذا الامتياز يرد عصف الدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتتال من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية في ذلك وراء عباءة القانون<sup>(٢)</sup> ومن ثم تبدو أهمية هذا الامتياز ليس فقط في أنه يعصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرفقة -وغير المبررة أحيانا- في كثير من شئون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها، عن إقرار قانون تحمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا البيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائياً، أم إدارياً، أم كان الجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الاضرار في عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤتمنة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتي التي ينزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتبين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بغير ما يريد.

(١) E. Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).

(٢) Imly, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly, 147 (1952).

### المطلب الحادي عشر

#### المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التي يثيرها هذا الامتياز، هي التي تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية -في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال- إلى تكليف من يباشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إسماء وأوراقها و سجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يلقى المشرع مباشرة المهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففي هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجيه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانات كان عليهم أن يقدموها، أو ارتكابهم جريمة كشفها سجلاتهم.

ويتعين بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلاقات القانونية في إطار نظمها من جهة، وبين الحماية التي يكفلها المستور لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تجريماً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لسجلاتهم هذه في المهن التي يباشرونها، موافقاً لأعرافها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفي إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً تنفيذاً لنظم قانونية قائمة، وبالشروط التي تبينها.

فلا يعتبر التحقق من توافرها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤتمنة ما لم تكن عملية التسجيل في ذاتها، مادية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مأمون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص في القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لعملياتهم بشأنها، مؤداة سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائي.

وصار ثابتاً بالتالى امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطقياً على مخاطر حقيقة بالتجريم الذاتى<sup>(١)</sup>.

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء سولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض على المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الاتصياح لأحكامه، أو القبول بها بما قد يجرمهم شخصياً.

---

(١) فإذا أزم المشرع القانون على صناعة معينة بإسلاك سجل تكون فيه البيانات المنطقة بمستوي الملوثات التي يصيبنها في أحد للمجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الائتراء، إما الامتناع عن إسلاك السجل حتى لا يقيموا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها؛ أو إسلاكه لتكنيهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: *Alberston v. SACB*, 382 U.S. 70 (1965).

قضى بعدم دستورية قانون أزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس إخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستورياً ضد الحمل على الشهادة.

### الفصل الرابع

#### القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية

#### المبحث الأول

#### نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور الجزاء

٧٣٩- تصاغ القوانين الجنائية على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تتطلبها وتقتضيها ليس فقط من جهة مضمونها، وإنما كذلك من ناحية صور الجزاء التي يتعين تطبيقها على المخالفين لأحكامها. ذلك أن ما يتواءم المشرع من هذه القوانين، هو أن يحدد من منظور اجتماعي، ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يتخذ من العقوبة أداة لحملهم على التخلي عنها، ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء على إثباتهم الأفعال التي نهام عنها أو كلفهم بها، مقبولا من زلوية، اجتماعية، وإلا صار محظورا<sup>(١)</sup>.

#### ١. صور من الأفعال لا يجوز تأنيبها

٧٤٠- وفي هذا الإطار، لا يجوز أن يؤثم المشرع تدلول الأفراد للوسائل التي يمنعون بها الحمل<sup>(٢)</sup>؛ ولا أن يعاقبهم على حالة لا يستطيعون دفعها، ولا يسيطرون بسببها على أفعالهم كتعطيلهم المرور<sup>(٣)</sup>؛ ولأن يعطل سلطتهم في إدارة أموالهم أو التعامل فيها لمجرد ظهور دلائل من تحقيق جنائي على تورطهم في جريمة معاقبا عليها<sup>(٤)</sup>؛ ولا أن يدينهم بناء على مجرد اشتغال ارتكابهم لجرائم بذواتها عنها المشرع؛ ولا أن تقتض خضوعهم بناء

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٥ يوليو ١٩٦٦ -قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٣) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

وفي ذلك يقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن الإمان على تعاطي المخدرات Addiction to the use of narcotics مرض لا يدخل الإمان فيه باختباره. فإذا أعتبر مجرماً بناء على حالته هذه، ويخير أن يكون مثقلاً بناء على سلوكه المخالف للقوانين الجنائية، فإن عقابه يكون قاسياً وشاذاً ومخالفاً للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ولا عبرة بمدة العقوبة، ذلك أن يوماً واحداً في السجن يعد عقوبة قاسية إذا وقعت على شخص لمجرد أنه أصيب بالزكام. ومجرد الإمان بالتالي حالة Mere status of being an addict أيضاً كلفت الطريقة التي اكتسبها المريض بها، لأنها تحمل المريض فسيولوجياً على الاستمرار على تعاطي المواد المخدرة، ليكون ضحية.

(٤) القضية رقم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٠/٥/١٩٩٦- قاعدة رقم ٨- ص ١٣٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

على مجرد انزلاقهم في جرائم سابقة<sup>(١)</sup>، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا التقصاص عنها<sup>(٢)</sup>.

## ٢. صور من الأفعال يجوز تأنيبها

٧٤١- وفي إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التي تنطق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تقويض النظم القائمة -تقلابا عليها- بغير الوسائل السلمية.

### ١ - جواز تأنيب صور التعبير التي يقرنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقابها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتعذر توقيها Clear and present danger، كذلك التي تتهدد بها مصلحة قومية حيوية؛ أو التي تنال من أعراض الناس وحرمتهم تشويها لسمعتهم وتحقيرا لشأنهم بين ذويهم.

وإذا كان الدستور يجيز الكلمة كأداة للتعبير، إلا أن فحشها يفقدها قيمتها. وهي إذ تتحدر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، ينقلص إلى حد كبير.

وبتعيين بالتالي أن يرتبط التدخل بالقوانين الجزائية في حرية التعبير، بنوع المصلحة التي تتوخى هذه القوانين حمايتها.

فما لم يكن التعبير عميقا في شره وخطره، داهما في أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون محظورا.

وهو ما يصدق كذلك على حرية الاجتماع التي لا يجوز لقلوب أن يجتثها من مناقبتها من خلال حظر لاجتماع معين، أو تقييده في غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة نظلم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكيا من أضراره، وطلبا للتعويض عنها. ومثل هذا النظم لا يجوز تقييده، إذ هو إختماء بالسلطة العامة التي يفترض صونها لحقوق مواطنيها ومصلحتهم بشرط أن يكون موقفا<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١١٤ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) تنص المادة ٦٢ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه.

فإذا أجابتهم على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم لكثرائها بها، أو حاسبتهم عنها؛ أو أهملتها كلية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عباراتها أو لخروجها عما تراه لائقاً من أصول مخاطبتها؛ حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخطيها عن همومهم ومتاعهم.

### ب- جواز حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إنسان غيره مادة تنتم بالمجون والخلاعة أو يبيعها أو يملكها إياه، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع لثاء، أو كان قد صورها أو سطرها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا يتم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه على ضوء مقاييس البالغين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم المائدة في المنطقة الإقليمية التي يتواجدون فيها- يستعمل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تملكهم الأفكار الشهوانية وتستبد بهم. فلا يكون المطبوع بهذه الخصائص تبلور محتواه- ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالفرض المتاحة لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماجن أو الفاجر أو الفاسق، جريمة عمدية. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان للشخص الذي تنحل في هذا المطبوع- سواء يبيعه أو بشرائه أو بعرضه أو بنشره أو بتأليفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صورة حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر- يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه<sup>(١)</sup>.

وتجريم التنحل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافياً لحكم العقل، ذلك أن للدولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تخل بالحياة العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤذياً بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجنوح صغاراً، لم يكتمل فهمهم لحقائق الحياة<sup>(٢)</sup>، وليس لهم من قوة الإرادة ما يزيلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, p.376.

(٢) Stanely. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر Obscene Material منافيا لحرية التعبير. ذلك أن الدستور، وإن كان يكتل الحماية للأراء التي نبغضها وتلك التي تزدريها أو التي تطرح في مناخ عام لايقبلها، إلا أن حدود التأثير التي يبلغها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من الدستور.

يؤيد ذلك أن ضمان الدستور لحرية الصحافة ولحرية القول بوجه عام، تخيا ضمان التبادل غير المعاق للأراء من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها التشايقون جنسياً الذين يرون في فحشها وبذاعتها محركاً لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتكلمون في المطبوع الداعر خلقاً أو عرضاً أو ترويجاً- أن تتوفر للشرائط الأتي بيانها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يعد مثيراً للفرائز ومحركاً للشهوة الجنسية من وجهة نظر الشخص المعتاد الذي يطبق علي هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعيش فيها. ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرهفاً أو متبلداً أو جامداً في مشاعره، أو مغالياً في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتمياً إلى جماعة محدودة لها مظهرها ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس علي انتهاجها في مظاهر سلوكها كقيم تواضعوا عليها، وحدوا علي ضوئها ما يعتبر خطأ أو صواباً. ذلك أن الشخص المعتاد وفقاً لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجا مقبولا بوجه عام في المنطقة الإقليمية التي يعرض فيها للعمل للفاحش.

ويتبدو أهمية الإشارة إلى المنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحداتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقاليدها وقيمتها، بما يفاير بين بعضها البعض، فلا تجمعها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيراً للفرائز أو مخلاً بالحياء العام إخلالا واضحا.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول علي معايير فرضية، ولا علي أسس موحدة تضم شعوبها إلي بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أنواقها ومقاييس تطبيقها للقيم التي تسودها. ذلك أن الفوارق الذاتية بينها يستحيل إزالتها. فضلا عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جامدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض العمل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير وبطريقة فاجرة- السلوك الجنسي محددا وفق ما قرره القوانين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفتر العمل -منظورا في ذلك إلى مجموع محتواه- إلى الجنية التي تدل على قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفعلية منها أو التصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام، ولا على الأعمال التي تتضمن عرضا أو وصفا مثيرا للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستثارة الجنسية للذاتية<sup>(١)</sup>.

وبوجه عام لا تحظى بالحماية المنصوص عليها بالدستور، الأعمال المثيرة للغرائز، والتي يكون عرضها أو وصفها للسلوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائنا، عدا ما يكون لبعضها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفا بالكلمة وبالصورة لنقل خلق تكوين جسده.

٧٤٣- وأبأ كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فإن فجره يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس ثمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسعها في كل تطبيقاتها، وإنما تتغير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم. فلا يعدد بالقيم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقياس أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالا<sup>(٢)</sup> على أن المطبوع في مجموع محتواه، يتسم بالخروج الظاهر على ضوابط للحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الاجتماعية.

#### ج- جواز حظر الرق وغيره من صور التعامل في الأشخاص

٧٤٤- ينافي الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجمعهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كاشخاص لا يجوز لمسهم<sup>(٣)</sup> Untouchable وليس للآخرين حق في معاملتهم

(١) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

(٢) للمعنى الدستور الهندي الحظر الذي كان قائماً بمنع لمس بعض الأشخاص

Abolition of untouchability



كاشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو يفتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق<sup>(١)</sup> Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفظتها الدول جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بأدبيتهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق أوسعها، والتي تصل في مداها إلى حد تعذيبهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يفتصبون زواجهم ولايعترفون ببثوة أبنائهم منهن. ويظل الرقيق في أسرهِ عبداً من كل الوجوه. ويطارده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تنطق ببلادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شيء بغير قيمة<sup>(٢)</sup>.

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرض النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة -ولو كانت فتاة صغيرة- لأن من يقودون المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لاسوأ صور الامتهان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا قرار لها تتعرض معها للأمراض قاتلة، ولحياة يظللها الدنس والفجور يزيد من وطأتها انتقالها في الدول الفيدرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان انتقالها سواء دخل الدولة للوحدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائياً بغض النظر عن وسيلة الانتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق المرأة غرضها من الدعارة. ذلك أن مجرد انتقالها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخالف المرأة الرجال بالفعل دون تمييز، أو خالطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغوون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسئولين جنائياً عن فعلهم.

(١) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

(٢) Dred Scott. v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يأوون امرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بياناً باسمها وجنسيتها ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها في مجال حظر التعامل في الأشخاص، واستغلالهم في الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وفجور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما بالجسيم بالحياء العام، وتمردهما على كافة القيم الخلقية<sup>(١)</sup>.

#### د- حظر السخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق في حظرها جنائياً، وامتناع فرضها بقانون. ذلك أن الأصل في العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد قسراً، ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حدثها وعظم المخاطر التي تقارنها، ما يقتضي نكث الجهود للعمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة موقوفة بطبيعتها؛ داهمة بالنظر إلى خطورتها، كنفخ غائلة فيضان.

وصار منافياً للمستور تسخير الناس في أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر. ذلك أن السخرة شبيهة -في مضمونها وأثارها- بحقوق الارتفاق التي يقتضيها المتمتعون بها من المتحاملين بعينها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالي فرض العمل جبراً، على مريض مودع في منشأة صحية للأمراض العقلية، إذا لم يكن للوع العمل الذي يؤديه، صلة بعلاجه من عاهة العقل التي أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوافر فيه شروطها. كما يجوز إيداع هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال قتالية *Conscientious objectors*، بخدمة مدنية، فلا يحذرون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدنيين بالنفقة -إذا ماطلوا في أدائها بدون حق- على دفعها، ولو من خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرفاقهم لضمحل إيوائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم في السجون -بما يقابل مبلغها- شكلاً من أشكال السخرة التي يلفظها الدستور.

(١) Bassiouni, Substantive Criminal law, (1978) pp.293-294.

### هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك في دستاير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة لحره، وتضمن بها استقرارها، وبما لا يخل بتتظيم هذا الحق في حدود منطقية وملائمة. كأن تفرض الدولة رقابتها على تداول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التي تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

### و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسؤولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتدخلين فيها فاعلين كانوا أم شركاء؛ إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسؤولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفاً للدمستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها لها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلاً موافقاً للدمستور من خلال علاقة منطقية معقولة وواضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهرية لها صلتها الوثقى بالأغراض الهامة التي يتوخاها<sup>(٢)</sup>. فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفولوق الطبيعية لكل منهما؛ وكان للتمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مردد أن المرأة القاصر هي ضحيتها، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز تؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع، وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تمناني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقبّل عمرها، التكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تولج ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تتوء بمسئولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض الطريق بالأطفال غير الشرعيين الناجمين عن هذا الحمل.

(١) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

(٢) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى التمييز القائم على الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ينبغي التركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، على الحد الأدنى للعلاقة المنطقية بين التقسيم الذي أتى به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع على ذلك التقسيم من ناحية أخرى. وإذا اقتص المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها على الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك على توجهه إلى إثاء الرجل عن إثبات هذه الجريمة، حتى يقي المرأة القاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تقاليم ظاهرة الحمل غير المشروع - بطريقة مأساوية - خلال المدين الآخرين، مخلفة وراءها آثاراً خطيرة لكل من المرأة وولدها، وللدولة التي تقيم فيها كذلك. ذلك أن عدداً كبيراً من اللاتي حملن سفاحاً، أجهضن أنفسهن. والأولاد غير الشرعيين الذين نجوا عن هذا الحمل، مرشحون في الأعم لتعيلهم الدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج العميقة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تحمل في من تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المساهم الذي يعاني أقل - بسبب كونه ذكراً - من نتائج سلوكه، فإن اختياره يكون مبرراً وواقعياً في نطاق سلطته التقديرية<sup>(١)</sup>.

وليس مجافياً للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطق التجريم، الأنثى القاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعاً كافياً لها. وهو رادع طبيعي لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي على الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا حاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لدستوريته. ذلك أن تشريعاً محايداً يكفل مساواة الرجل بالمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها - وهي واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة - أن يحقق الأغراض التي لبتهاها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

**أولهما:** أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة - حتماً لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. وإن يكون هذا التعميم بالتالي على ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

(١) Arlington v. Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على الدستورية لا يعنينا أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز على حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص في الصيغة التي أفرغ فيها- قد التزم القيود التي نص عليها الدستور<sup>(١)</sup>. فضلاً عن أن تشريعاً محايداً في هذا الاتجاه، أن يحقق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما توخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلى مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قدرة على الحمل، مردود بأن الأنثى صغيرة السن تتعرض لمخاطر جسيمة من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأنثى الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها على الأنثى الأكبر سناً منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض (غواء الرجل للمرأة القاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بوجه عام- على هذا الافتراض. ولكنه يمكن محاولته منع حمل الأنثى للمرافقة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلى الرجل كي يردعه عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لابد أن يؤدي للثمرة التي حرص المشرع على تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن الرجال جميعهم البالغين طبيعة، يستوون في القدرة على إخصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزاً أخرج متمسكاً بالرعونة ضد المرأة. بل نقض ذلك هو ما توخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها على الرجل، ولا يلقيها على المرأة أو تقاسمه هي فيها<sup>(٢)</sup>. ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

### ٣. الضابط العام في دستورية القوانين الجنائية

٧٤٩- وعلي ضوء العرض المتقدم، نتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقارنها بمراعاة ما يأتي:

(١) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 356 (1974).

(٢) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

لأولاً: أن الضرورة الاجتماعية هي التي تلهمها مانتها، فلا يؤيد الدستور قولين جنائية تتناقض هذه الضرورة أو تخل بها.

ثانياً: أن ما نتحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يخض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الناحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأفعال التي تكون مادة الجريمة أو القصد الجنائي المقارن لها، أو الأعداء القانونية التي تلبسها، لا يعدو أن يكون تطويراً لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تتوخاها القوانين الجنائية من ناحية؛ وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإنسان من النواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن يجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان يتخلله إجراء هذا التوازن منطقياً.

ثالثاً: أن القصد الجنائي، يبلور أكثر العناصر تعقيداً في المجال الجنائي، باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختلراً على إتيان الفعل المؤثم قانوناً. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل أو الأفعال التي ارتكبتها، والتي يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما عناه منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجاني إذ أراد إتيان فعل أو أفعال بذواتها، فقد قصد إلى نتيجتها؛ ومن ثم يكون تولفر هذا القصد - فيما أتاه الجاني من أفعال - هو القاعدة العلمية، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجاني تبلور انصرافها إلى إتيان أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإنما ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنيانها إلى الخطأ، وجوهرها أفعال يخالفها سوء التقدير، أو ينقضي عنها الاحتراس والتبصر، أو تنمحض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، محدداً ضابطها العام بما كان ينبغي أن يكون سلوكاً لأوساط الناس، يقوم على واجبه في التزام قدر معقول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافاً ظاهراً عن ذلك المقياس، يتحدد بقدره، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائراً أصلاً -ويوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها.

فكلما أرادها الجاني وقصد إليها، موجهاً جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ماء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو افتعالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسؤولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها.

ذلك أن مسؤوليته الجنائية عن هذا الخطأ، مسؤولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها Pas de peine sans culpabilité. وهي بعد مسؤولية يحققها للقاضي، ويستمد عناصرها من عيون الأوراق، ليكون ثبوتها يقينياً -لا ظنياً- ضماناً لصون الحرية للشخصية التي كفلها الدستور، وتوكيداً لامتناع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة التي لا يترخص أحد في التخلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صوره على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يعد وفقاً للقانون الجنائي، سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء في نوع المخاطر التي تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثماً في تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإنما يتعين تعيينها قطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توكيداً لاتباسها بنبرها، وتعييناً جلياً لما ينبغي على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رابعاً: لأن صرح القول بأن العلائق التي ينظمها القانون الجنائي، في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التي تكون الجريمة، هي التي تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائي أو تخلفه. ذلك أنها تجيل بصرها في الواقعة التي قام الاتهام عليها، لتحدد من خلال استقراءها لعناصرها، ما قصده الجاني من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى؛ ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى أتاها الجانى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تنفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقتصد إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها؛ فقد تعين على ملطة الاتهام أن يبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام الجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان مطلباً فيها. وبغير ذلك لا يهدم أصل البراءة التى يفترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط الشرعية الجنائية ومتطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها<sup>(١)</sup>.

فضلاً عن أن أصل البراءة -وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها- مؤداه ألا تعبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الدليل على أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العندية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأسئلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدركاً حقيقته بصوره يقينية -لا ظنية- متجها إلى تحقيق نتائجها.

ذلك أن الجريمة العندية تقتضى علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التى قصد إلى إحداثها<sup>(٣)</sup>.

(١) "مستورية عليا" القضائية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٤٤ من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "القضية" رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) (الحكم السابق).



فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قوامها إهمال نوع من الرعاية التي تطلبها المشرع؛ فإن الخطأ يكون جوهرها.

إذا لم يبين المشرع هذا الخطأ -في محتواه وعناصره- كان التجريم مخالفاً للمستور<sup>(١)</sup>.

سادساً: مما يناقض المستور، أن يفترض المشرع تولف القصد الجنائي في جريمة عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التي تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحدود التي فصل بها بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائي للجاني، معاصراً سلوكه Concurrency of conduct and intent. ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويعكسها A reflection and manifestation of the other، لتتهض بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفرضها الصدفة Coincidence، ولا تقتضيها عوامل الحظ Fortuitousness.

ثامناً: لا يجوز افتراض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا القصد إرادة داخلية تتمثل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي التي تشي -من خلال تطيلها- بما قصده للجاني حقيقة منها.

(١)، (2) القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

### الفصل الخامس

#### القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها

##### المبحث الأول

##### شرط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تعيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتمين بالتالي أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً في النظم الجنائية جميعها، وتردده كذلك قواعد القانون الدولي العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بذاته في جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا في جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا في عقوبة فرضها المشرع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

بيد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص في صورتين: تبلور أولاهما القوانين الجنائية التي طال إهمالها من خلال التخلي عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن؛ وثانيتهما القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتي:

##### المطلب الأول

##### القوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها

##### The Concept of Desuetude

٧٥١- تفترض بعض النظم القانونية أن التخلي عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تتصل حلقاتها بغير انقطاع، هو إلغاؤها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وفر في أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائياً لهذه القوانين يخل بشرطي الوسائل القانونية للسليمة، والحماية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التي طال إهمالها، مؤداة إخضاع فريق من المواطنين لأحكامها، وإعفاء آخرين من سطوتها، بما يخل بتساويهم أمام القانون، ولا يوفر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية الداعمة أو الهامدة، لا تزال تطل برأسها، لتقبض بمخالفاتها على المخالفين لها.

بل إن إيقاظ القوانين النائمة من غفوتها، أو إحيائها من جديد بعد همودها، يعدل في أثره للقوانين الجنائية التي يشوبها الغموض.

ذلك أن غموض هذه القوانين يحول القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فإن إنفاذ القوانين الجنائية الخاملة، مؤداه أن هذه القوانين -وأيًا كان قدر وضوحها في لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواهيها. ذلك أن إلتزامها في زوايا الإهمال والتجاهل، يناقض بحثها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما يناقض شرط الإخطار الكافي بمضمونها، ويخل بالمعاملة للقانونية المتكافئة التي لا تجيز التمييز بين مراكز قانونية تتحد عناصرها، من خلال يد شريرة تغارق بينها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها

٧٥٢- تقتضى الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون مبنياً عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافياً Pair Notice بأوامرها ونواهيها.

فلا يلاحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغلغ تقرير عقوبتها التي لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل للمشرع بالأفعال التي أنشأها، فلا يكون بيانها جلياً، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهماً خافياً. ومن ثم يكتسب معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلو مداركهم، ولا يتسمون بالحدارها، وإيما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يتقنون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخطي في شأن صحيح مضمونها ومراميتها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصدها منها بصورة ينحصر بها كل جدل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقتنها، وهما مطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، يندفعون فيه بأهوائهم ونزواتهم الشخصية، بما يبلور في النهاية خياراتهم التي يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شرعية لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها من تنثير<sup>(٢)</sup>.

(١) يقول الدكتور شريف بسيوني في صفحة ٥٨ من مؤلفه في شأن القوانين الجنائية الموضوعية أن من الأفضل وضع قاعدة عامة في شأن القوانين الجنائية التي طار زمن التخلي عنها، حاصلها أن تحترق هذه القوانين ملغاة ما لم يتكفل المشرع ليحيد إقرارها من جديد.

(٢) دستورية عليا -ال قضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧-ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تنال من الحرية الشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التي تفرضها عليها. وهي قيود خطيرة في مداها. وقد تصل إلى حد إرهاب أو إزهاق الحق في الحياة. ويتعين بالتالي -ضمنان هذه الحرية ولإرساء أبعادها التي تمليها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين في القوانين الجنائية أظهر منها في غيرها من القوانين، فإذا لم تتوافر فيها خاصية اليقين هذه، شلها التجهيل وفي ذلك إطماس لحقيقة الأفعال التي قام لتجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا التجهيل بأحد عناصر الأفعال التي أثمها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها في مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محتواها أو مكان وقوعها بظل مشوبا بالغموض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تفترض مقاييس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تتداح معاليلها أو تنفرط. وتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوءها، والتي تتمثل علها فيما يأتي:

أولاً: أن القيود على الحرية الشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التي تتهدد بها الحرية الشخصية قد تصل في مستوياتها إلى حد اقتلاع هذه الحرية من منابتها.

ويتعين بالتالي أن تكون هذه القيود جلية في مضمونها، لأنها تحدد نَوَاهِ علينا أن نتجنبها، ولعلها لا يجوز تركها. ذلك أن للقيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحهما بأكبر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لنطاق تطبيقها. فلا يبصر للقائمون على تنفيذها مجال سريتها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التي أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، موداه ألا يبصر القضاء حقيقتها، وإنما يطبقونها في صورة تخطط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معانيها، قطعة دلالتها. ليظهر القضاء عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة أركانها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فيها من المخاطبين بها، قد يقعون عن مباشرة أفعال دخلتهم شبهة تأنيبها، وإن أجازها القانون بمخاء العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تحبط في حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأمسها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على النزول عليها.

ثالثاً: وإذا كان غموض النصوص الجنائية Vagueness. مؤداه التجهيل بكنهها واضطرابها في تحديد حقيقة نواهيها؛ فإن تسميها Overbreadth يفيد اتساع عباراتها وغمطحتها، ولاندفاع دائرة تطبيقها، ليختلط ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولاهما: أن اتساع النصوص العقابية في عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، واتجرانها لتأكل في طريقها حقوقاً كفلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق في التنقل.

ثانيتهما: أن لقتحامها -وإن نظر إلى اتساع عباراتها وانفراط قواها- حقوقاً كفلها الدستور، مؤداه أن تتدخل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصطفيها، نطاق الدائرة التي تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة في محيطها، لتحل إرادتها في التجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تنتقر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التائيم عملاً قضائياً، بما يهدم الحدود التي فصل الدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: وسواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو باندفاعها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هي:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تسميها، يتعين أن يكون عيباً كامناً فيها، ليرد في مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التي حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة؛ وبين معانيها بما لا يؤذن بتدخلها في منطقة أباحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها دستورياً، ولو أخطأ المخاطبون بها، أو القائلون على تطبيقها فهمها، أو أسأوا تأويلها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تسميها، يجمعها لتفلتها عن الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية في انتقائها لأفعال بذواتها تقدر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخاطبين بها لا يتلقون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نواياها. في ذلك تهديد للحرية الشخصية التي يتعين أن تكون

القيود التي تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضامينها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بغيرها<sup>(١)</sup>.

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، التي لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا في حدود ضيقة تستلهم نخومها من الضرورة الاجتماعية التي تبلور الدائرة التي تعمل الحرية المنظمة في إطارها<sup>(٢)</sup>.

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن مناط دستورية النصوص العقابية، هو إبانته عما هو جائز وعما يكون محظورا. وليس انطماسها في معانيها، واختلاطها بغير الدائرة التي تعمل فيها، غير عدوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتض من نطاق القيود التي تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن النصوص العقابية التي تجهل بالأفعال موضوعها، أو التي ترددها إلى غير المجال المنطقي لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبا عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ للمخاطبين بها بالأفعال كانوا غير منذرين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كأصل في نظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض في للنصوص الجنائية أن تكون صريحة في بيان الأفعال التي جرمتها حتى تخطر للمخاطبين بها - بصورة كافية - بمظاهر سلوكهم التي يتعين عليهم تجنبها، ولا يجوز بالتالي أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والتحريم، ليدبهم على أوساط الناس إدراكها، بما يجعلهم يختلفون في موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية في شيء، أن يتصيد المشرع أشخاصاً غير حذرين بطبيعتهم The unwary لا يتنبهون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسببها. ويتعبد بالتالي في حبالها.

سادساً: أن الاستاتير جميعها، تتوخى أن تكلل لمواطنيها، أكبر الفرص التي يباشرون من خلالها حرياتهم، في إطار من الحرية المنظمة<sup>(٣)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - لقاعدة رقم ١٧ - ص

١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

(٣) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالى أن تفرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التى يوردها المشرع فى شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التى تطرحها، والتى لا بد من أن يوفق المخاطبون بها سلوكهم معها.

مابياً: أن العقوبة الجنائية -وبالنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للظلم والاضطهاد، يوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم فى التسلط على الآخرين، وعن مفاهيمهم فى التحرش بخصوصهم والبطلان بهم.

وظل الطغاة فى موالعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علواً حتى بعد اجتياحهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التى لونوها بأهوائهم.

بيد أن تطوراً عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة؛ أهمها الإيمان بأن للحياة قدسيتها؛ وأن للحرية أفاقها وحرمانها التى لا يجوز أن تدخل موازينها؛ وأن للطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لازمة التمكين منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للناس كرامتهم فى مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحويل أهدافها أو تشويهها.

وقد آل تراكم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة تبنتها الأمم المتحضرة فى مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها فى ضبط الأفعال التى تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تنفرط؛ وبما يخلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلاً؛ منها؛ وعلى نحو يكفل إخطار اللجنة المحتملين، بطبيعة هذه الأفعال ونتائجها فلا تتحدد قواها فى صورة جامدة، ولا تنمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تداخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التجهيل بالأفعال التى تؤشها النصوص الجنائية، مؤداه ألا يتجنبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يعصون لأوامر.

ولن يبصر القضاة والمحققون كذلك حقيقة الجرائم التى يؤاخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالى أن يضطربوا فى فهم أركان الجريمة التى منعه الدستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وفضلاً عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداه فهمها على أكثر من وجه. وفي ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التى لا يستقيم تطبيقها بغير الوسائل القانونية

المسلمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتجاز لجان نقصى الحقائق التي يشكلها البرلمان، والتي يدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها، يفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً حتى لا يتخبط أوساط الناس في فهم محتواه؛ وحتى تتعلّق به الأسئلة التي توجهها هذه اللجان إلى من تستدعيهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصياً على التحديد الجلي المستقيم. إذ لا يتصور أن يدان بجريمة احتجاز هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها في شأن تحقيق تتناقص عناصره، أو يغم عليهم فهم المسائل التي يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتجاز هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جلياً، إذا كانت أسئلتها لا تتعلّق به.

تاسعاً: وليس أشدّ خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مخالفاتها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحرّياتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تعرقل النصوص العقابية - من خلال انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها - حقها الدستوري، كالحق في التنقل؛ أو ضمنها القانون الدولي العام - كالحق في أن يباشر السفن الأجنبية حق المرور البريء The right of innocent passage في البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage في المضائق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية في المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية<sup>(١)</sup>. ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاء مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاء محل إرادة المشرع فيما لا شأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخطئين بها تحديداً قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً التسامح فيها بالنظر إلى تعديها على حقوق وحرّيات لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي أرستها الجماعة أسلوباً لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز النظر إليها، باعتبارها

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ - لقاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.



مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين لتلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يقتحمون أبوابها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عاشراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوباً لتقرير دستوريتها، إلا أن هذا للوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التي لها صفة الجزاء، ولو لم يكن جنائياً. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، نطلق الأفعال التي يفضي وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها<sup>(١)</sup>.

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

### الفصل السادس

### إجراءات ما قبل المحاكمة

#### المبحث الأول

#### تقييم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلى حد النظر إلى هذه القواعد -أحياناً- بوصفها قانوناً لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديمقراطية غير نظيراتها في الدول الشمولية أو الديكتاتورية التي تعطي الأهمية الأكبر، والأولوية الأولى، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض على الجناة وإدانتهم.

وهي نظرة منقذة، ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلباً للدول جميعها على تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن معيها لتحقيق هذا الغرض، توزنه حقائق العدل التي يتعين فرضها، وقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصاً على هذه الحقائق، وتلك القيم، إلى جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تنقيبية تطارد المشبوهين وكأنهم الجناة.

وإلى قواعد القانون العام ترند جملة القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة المتهم، ويندرج تحتها ألا بد أن متهم بغير قرائن ظرفية متسلسلة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التي ارتكبتها وزرين، وأن يفترض تولف أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أُدين عن الجريمة بحكم بات.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل في زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يبدن عن الجريمة التي اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون للقرائن الظرفية التي تحيط بالجريمة، متهافة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسؤولاً عن الجريمة على ضوء وائعة يفيد منها، ولكن النجاسة لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- غلتها أن الاتهام الجنائي يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بمواردها وسلطاتها التي تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم المائل أمامها، وهو دونها في الوسائل التي يملكها لدحض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قدرأ من التوازن في الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا التوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لكل منهم، من بينها أن يكون محاميه إلى جانبه في مرحلة المحاكمة بكل أجزائها، وكذلك في المرحلة الحرجة التي تنقضيها، وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يواجه شهود النيابة بشهود من عنده؛ وأن يجرح شهودها ليثير شكلاً معقولاً ولمصدقينهم؛ وألا يفاجأ بواقعة تعزز مركزه في نفي التهمة، ولكن النيابة أخفتها.

### المطلب الأول

#### أهمية الإجراء في المواد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وتدل التجربة على أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أخطر الأضرار وألحاحها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفاً عن الدليل على ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في ثورتها من الإجرام، وغضبها وثورتها على الجناة، كثيراً ما تحيط المتهمين بألوان من المعاندة، وبأجواء من القهر يعايشونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بغير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العدل يسمح لمتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطاً حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الغبار حول نزاهته، وتتغير علاقته العائلية والعاطفية أو ترتد على أعقابها. وعلى الأخص إذا كان محترفاً لمهنة يقوم الاختيار فيها على حسن السمعة. فالبنوك لا يعينها غير طهارة للعاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاختلاس، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقمة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهداً متواصلاً لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها للمساكين للمتهمين، هي وحدها الضمان لإصنافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبله أن يكون مقرراً من أجل الوصول إلى الحقيقة، كافلاً موازين الاعتدال في غير انفعال، وبعيداً عن التحكم.

وعلى ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهراً ولا قصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة على المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاء وبالمطفيين وبالمشرعين، على تقدير أن كل ضمان إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العدل التي لا يجوز التفريط فيها. وهو ما تؤكد قراءه وثائق إعلان الحقوق التي تدل أحكامها على أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء -وكما كان متصفاً- هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والتواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة يظلها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصراً رئيسياً في مفهوم الوسائل القانونية السليمة.

وإذا كان القضاء يترددون كثيراً في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلى تعلق مطها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشؤون التي يحيط أكثر من غيره بها، كتتظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينفرون سريعاً لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها<sup>(١)</sup>. بل إن ضمانهم للحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد في مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإنما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هي التي تعينهم على إدارة العدالة الجنائية وفق متطلباتها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسة التشريعية الضريبية مثلاً، إلا أنهم يلتفون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هي المتخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، في مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي إن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السليمة، وحيدة للقضاء واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع للشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم إرادتهم، ومداومتها منازلهم بخير إذن تفقيش، وتقيددها لهريتهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويستكثضون بالتالي من المستور، كل الحقوق التي تكفل حسن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار العدالة الجنائية علي نحو يؤذن بالاحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي تكفلها الدستور، مقررّة للناس جميعهم أشقيائهم وأبرياءهم. والقواعد الإجرائية تظلّ أفضل الرجال وأسوأهم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلها ليس فقط

<sup>(١)</sup> فالمرشع مثلاً قد يضع حداً أدنى للجور لا يراه تبدأ خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يتجرها. وقد ينظر إلى تصرفه كمسألة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة أو في أن يمثل بشخصه في كل إجراءاتها.

<sup>(٢)</sup> وشبيه بذلك ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض من أنه إذ قلم الحكم المطعون فيه على قرآن متسلسلة، ثم ظهر فساد بعضها أو إحداها، فقد تعين نقض الحكم إذ لا يعرف مبلغ الأثر الذي كان للتبليط الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملامعة أو أكثر فاعلية، وإنما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمناً مطمئناً، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التي كلّفها الدستور والمشرع.

### المطلب الثاني

#### أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لتتال من كل حرمة، لصار للقانون هشياً بغيره. وتلك مخاطر جسيمة أن يحتملها أحد. وإن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع المجرمين هدفاً وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائي. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية الشخصية. ولا تتحد بالتالي ضوابط تطبيقها. فالأحداث يختلفون في مستويات هذا التطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل السابقة على محاكمة المتهمين، غير أبعادها بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إصلافاً من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقاً مطلقاً، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتاج العقل والحقائق لتاريخية والسوابق القضائية؛ وحصاد نوع للمصالح التي تواجهها؛ وتعدد البدائل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء المتخذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل بيد القاضي للنظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن. الحقوق الجوهرية التي نملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نافياً لطلبهم تحقيق الحرية وفرض مطلباتها.

والإصرار على الحرية ليس نقيض الأمن، ولا مؤدياً إلى هدم الأسس التي يقوم عليها وقوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمنان للحرية.

والتوازن الجنائي في جوابها الموضوعية -وليا كل قدر سوئها- يجوز التعايش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديمقراطية، لكان عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء -كلما كان منطقياً- ينفض عن القوانين الشمولية معابها. فإذا كان الإجراء واقعا في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء -رأيا كان قدر موضوعيتها- تنقد مزايها. فلا يكون تطبيقها إلا مواريا في الأكثر لتطبيق القوانين الشمولية بوسائل قسرية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مضمون شرط للوسائل القانونية السليمة

٧٥٧- وفي النظم الفيدرالية، يثور سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، على الطريقة التي تدبر بها كل ولاية محاكماتها الجنائية<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن كل ولاية -وفيما عدا الجرائم التي تنشأ السلطة الاتحادية- تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجحية الأثر؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية A historic product ترتد في جذورها الأولى إلى الفصل ٣٩ من المانجا كارنا Magna Carta<sup>(٣)</sup>.

(١) David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

(٢) في قضية Rochin, v. California 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كان بعض معلومي ملبوس الشرطة بلبوس فجولوس، قد تلقوا بعض المعلومات التي تغد اتجار روشين في المواد المخدرة، فتوجهوا في صباحة أول يوليو ١٩٤٩ إلى منزله، فوجدوا بابا الخارجي مفتوحا لدخلوه. ثم اقتحموا بابا يؤدي في غرفة نومه التي أسفر تفريشها عن وجود كبسولتين على منضدة مجاورة لسريده. وحين مثال عنهما، قام باحتلاعهما، فقتل رجال الشرطة فوقه محلولين استخرجهما من قمه، إلا أن استعمال القوة من جانبهم لم يجد نفعاً بسبب المقاومة التي أبداهما، فقتلوه في مستشفى حيث قام أحد الأطباء -ربناء على طلب شرطي- بإدخال مطول في معدته وضد إرادته، فاستقرغ ما فيها مختلطاً بالكبسولتين اللتين تبين فيما بعد، احتواءهما على مادة المورفين. وقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الإجراء تكبيراً فجاً منقلاً للتعليم الإنسانية ومصادماً للشعور العام.

(٣) في هذا الفصل وعد الملك جون بأن الرجل الحر أن يؤخذ أو يسجن أو ينفى أو يدمر على أي نحو، ولا أن يسلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع يصدر عن نظرائه his peers أو بمقتضى قانون البلاد.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السليمة تباور مجموع الحقوق القائمة على القيم الأخلاقية، والتي تصل في عمقها إلى حد اعتبارها جزءاً من التقاليد التي تربط الدول بمجتمعاتها، والخاتمة كذلك في وجدان شعوبها بما يقطعها من الأفكار التي تحدد ما يعتبر منصفاً Fair وحقاً Right وعدلاً<sup>(١)</sup>.

وتفرض المحكمة الأعلى في الدولة الفيدرالية رقابتها على مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تستوثق بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية ارتباط في كثير من تطبيقاته بكل ضمانات إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهي بعد ضمانات لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هي قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق في هذه الوسائل التي لا تقوم العدالة بدونها سوية على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوقة بها تتحدد على ضوئها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبيقها، وإن تعين القول بأن هذا الشرط ضمانات إجرائية ضد سوء استعمال السلطة والتحكم. وهو كذلك ضمانات مركزة تعبر التباين عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هدفها ضمان الحصانة الشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة<sup>(٢)</sup>.

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلى الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية قد تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلى ضوئها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السليمة من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناه، وأكثرها شمولاً على نطاق صور الحرية التي يكفلها. بيد أن غموض هذا الشرط لا يعني أن تبتدع المحكمة من عندها مفاهيم تتسببها إليه، تعكس بها وجهة النظر الشخصية لقضايتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تتحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها ومآ

(١) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950).

(٢) من تطبيقات هذا الشرط أن التقيض أو التفتيش غير المبرر، يخول المضرور الحق في التعويض والحصول على غير ذلك من أشكال الترضية القضائية التي يكفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصري من أن كل عدوان على الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالتقدم. فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم في الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها تقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التي وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبدائل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده<sup>(١)</sup>.

ولئن كان مفهوم ذلك للشرط غير محدد، وليس نهائياً، إلا أن القيود التي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للنهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاقتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية أو فكر محدد، وإلا آل أمر الرقابة القضائية على الدستورية إلى عملية آلية لا دور للقضاء فيها. على أن يكون مفهوماً أن شرط الوسائل القانونية السليمة *Procedural due process*، ليس مجرد ضمانات إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانات موضوعية *Substantive due process* تولاه تحكم المشرع في مجال النصوص للقانونية التي يقرها أو يصدرها والتي دخل بها بحق الأفراد في الحياة أو في الحرية أو في الملكية *Arbitrary legislation*.

وكما أثير شرط الوسائل القانونية السليمة في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضي تقييماً يستند إلى موضوعية التحقيق الذي تجريه المحكمة بروح علمية، وإلى عرض متوازن للحقائق التي تطرحها المحاكمة؛ وإلى تقدير من مجرد المصالح المتناحرة، وإلى ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التنوير في جماعة بذاتها لها تقاليدها وقيمتها وثوابتها.

ولا يتصور في الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة في شأن الإطار العام للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو يزل بها إلى مادن المستويات الموضوعية التي درج العمل في الدول الديمقراطية على احترامها؛ ولا أن تختل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها لئراً رجعاً لقانون. ولا يجوز كذلك أن يقرر بطلان دليل في ولاية، وأن يقبل في غيرها<sup>(٢)</sup>. ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش ينتشر إلى العقولية *Unreasonable search or seizure* أو تسقط حق المضروبين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون في الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها<sup>(٣)</sup>. فذلك كله مما يخافض الخطوط الرئيسية للدالة الجنائية الإجرائية.

(١) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(٢) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971); Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

(٣) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955).



ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة، وإن كان مستعصياً على التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في التصور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للسلوك لا تنتهي إلى قرار بالإدانة بناء على وسائل تهدد معني العدالة ذاتها؛ كأن يقر شخص قهراً بجريمة، ولو قام الدليل على أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز براءة حال إضفاء عباءة القانون على أعمال رجال الشرطة الوحشية وسلوكهم المصادم للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحتمار القانون، وإهداراً للقيم التي يمثلها، وإنكاء للنزعة العدوانية في الجماعة، لتصودها شريعة للقوة.

وكما انتزع رجال الشرطة إقراراً بالجريمة بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلى نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالاً جسيماً بشرط الوسائل القانونية السليمة، خاصة وأن الدستور يكفل الحماية للحقوق في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية<sup>(١)</sup>.

(١) Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفي هذه القضية الأخيرة، عزل المشيود بغير أن يعرض في طابور عرض لأيام عدة، وبغير أن يبنه إلى حقوقه، ومع حبسه في زنزانة لفردانية، وبغير أن يتوفر له مكان للنوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يوميا فيما عدا يوم الأحد. ومع تلويب رجال الشرطة في توجيههم لهذه الأسئلة ولتفترات تتراوح بين ثلاث ساعات وتسع ساعات ونصف في اليوم الواحد.

المبحث الثانيمدخل عام للقبض والتفتيش<sup>(١)</sup>

٧٥٨- ينالقبض القبض والتفتيش بغير مسوغ، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم ومساكنهم وأوراقهم وممتلكاتهم للشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإمداد كرامة الإنسان أو لاقتحام خواص الحياة ودخلاتها بطريقة يظنها التحكم، سواء كان القائم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذا كان من المقرر قانونا أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها؛ وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل المصور، فلا يتقيد إنفرادها بزمان معين، ولا بجبل دون آخر، ولا بطريق يكفلها دون طريق؛ وكان لهذه الحقوق من شمولها وقساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملزمة ومتطلباتها الآمنة؛ فقد تعين أن ينظر إليها بوصفها حقوقا دائمة لا تبديل فيها، ولا قيد عليها يعطل الأعراض المقصودة منها، وأن ثمة توازن يتعين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتض من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبررا بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يحزز الاقتناع بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلى حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن تمسيتها إلى شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الاسهام في ارتكابها؛ وإنما هو إرهادص بها. وهو بذلك ليس دليلا عليها، ولا قطعا بالمسؤولين عنها، وأن تعين دوما إن يصدر الإذن بناء على قرائن الأحوال التي لا تهبط إلى مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوبا بيمين<sup>(٣)</sup>.

(١) كان ينظر دائما في انتظارنا إلى حظر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء العبارة الشهيرة التي تقول إن بيت الرجل قلعة Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المبدأ في قضية Symayn'e Case التي فصل فيها عام ١٦٠٢ والتي اعترفت بحق صاحب المسكن في النفاذ عن حرمة في مواجهة لتدخله غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

(٢) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء ثمة الوقائع والظروف ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).

(٣) United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تقرر الإن إن ظرفيه لها من رجائها ما يبرر صدوره Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون -كلما كان ذلك عملياً- الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازماً دوماً أن يصدر الإن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع للمعروض عليها Detachment، وزوال مصلحتها فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تقديرها بوقوع جريمة ما، وبالممثلين عنها، من التوزيع الشخصية التي تميل بميزان الحق عن حدوده<sup>(١)</sup>.

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للدستور، كثيراً ما يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتعقبهم، ويبطل أعمالهم بناء على دفع طرحتها المتهمون، وتقوم على أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يفتن إليها غير رجال القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثرائها التي يبتلون بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش تم بالمخالفة للقانون أو الدستور؛ إلا أن حل هذه الصعوبة لا يتحقق بإطلاق الننان لسلطة القائمين على تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها عسيراً، ولا تحيط بهم لتكبل أقدامهم.

ويتحقق هذا التوازن من خلال الاستثناء من شرط الإن في القبض والتفتيش في أحوال خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملجئة Exigent circumstances قد تبرر إجراءهما بغير إذن. كأن تكون المنطقة التي يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest واقعة في سيطرة المقيوض عليه؛ وكذلك إذا توافر القائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول للاعتقاد بأن هارباً يقيم في منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الأول

#### استبعاد كل دليل يأتي من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك في بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين الفيدراليين كثيراً ما يختلقون أدلة بالمخالفة للدستور؛ وقد يدورون حول الدستور بإرسالهم الأدلة غير المقبولة أمام المحاكم الاتحادية، إلى النيابة العامة المحلية في الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

(١) Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(٢) New York V. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177 (1990); Maryland V. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأكلة بهم، وكأنهم يقدمونها للسلطة المحلية علي طبق من الفضة<sup>(١)</sup>. وفاتهم أن استعمال الأدلة الملوثة أمام القضاء، ليس سياسية قضائية سيئة يجوز أن يشرع الكونجرس علي خلافها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ من أن وسائل الرقابة على رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقتل، لم تنههم عن مخالفته. وصار ثابتاً أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجاً بحكم العمل في المحاكم الفيدرالية والمحلية علي سواء؛ وأن ضمانات الإذن المبرر التي يحيط بها الدستور القبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعها، ولو أُل هذا التطبيق إلى إطلاق سراح بعض المجرمين الضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يفلتون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في هدم النظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأتيها الدولة، وتتقاضى بها شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تنقض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها علي احتقار القانون وتكفهم إلى الحصول علي حقوقهم بأيديهم. ولا بديل عن هذا التحكم غير هدم كل دليل باطل إعمالاً لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية علي خلافها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد علي دليل تأتي من تفتيش باطل، لا يقل سوءاً عن انتزاع أقوال تؤثم من يدلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهيأ للجريمة الدليل عليها<sup>(٢)</sup>. فضلاً عن أن مداممة الناس لإدانتهم بها، مؤاده اغتراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم *The sanctity of a man's home and the privacies of life*.

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإذن بتفتيشها، ليس مجرد قرع علي أبوابها، ولا هو مجرد فض للغزائن والصناديق والأدراج الموجودة بها وبعثرة لمحتوياتها. وإنما يخل إخلالاً جسيماً بحقوقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحريتهم الشخصية، وبملكيته الخاصة. وهي حقوق تظل قائمة لحسابهم ما لم يسقطها حكم قضائي يكون باتاً. ولا يجوز بالتالي تجريمهم بناء علي تفتيش.

(١) *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

(٢) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقهم الخاصة، ويصادر أشياء يملكونها<sup>(١)</sup> فالتفتيش في هذه الصور جميعاً يناهض ما يتوقعونه عقلاً من أن تظل لمنازلهم حرمتها<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان القائمون بالتفتيش الباطل، سيحصلون على ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حسن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الانتفاع إلى إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه ضياعاً. خاصة وأن استعمال الأشياء التي تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل في محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهم بصورة خطيرة، وينطوي كذلك على عنوان على ملكيته، ولو كان ما حاق بها من ضرر تأفها *So minute*.

كذلك لا يعتبر حصول المضرور على تعويض مادي من جراء التفتيش الباطل، بديلاً عن استبعاد دليل تأتي من هذا التفتيش. وهي قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتي من إكراه<sup>(٣)</sup>.

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكره ليكون مدخلاً إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه بنفسه.

ويعتد بكل دليل تأتي من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التي تطلق التفتيش بها، سواء في أدواتها أو ثمارها<sup>(٤)</sup>. *The fruits and instruments of the crime*.

(١) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك عدم كل دليل تأتي من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصلة بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيلة إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يتلوث بالاحتجاز وتسرّى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأدلة المادية التي نجست عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

*David V. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969)

(٢) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة النقض في مصر تبطل الدليل المتكسب من مصدر غير مشروع إذا كان يفضي إلى الإدانة لا إلى البراءة.

(٣) يستبر إجراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصدراً للحق في الرجوع بالتعويض على الذين قاموا به. ولكل من هؤلاء أن يدفع دعوى التعويض بأنه كان يعتقد خطأً وبصن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه *Exigent circumstances* وأن لها من قوتها ما يرجح انتفاء الإجراء.

*Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635 (1987).

(٤) *Mancusi v. De Farte*, 392, U.S. 364 (1968).

المطلب الثانيشروط صحة التفتيش

٧٦٠- وإيس لصون لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقيدته الدستور بكثير من الضوابط التي يندرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكفل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وفرد هذه الجهة المحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، مؤداة أن غيرها لا يجوز أن يخل محلها فيه؛ وأن يبدأ وحدها تقدير مبرر إصداره؛ وأن تقدير القائمين على تنفيذ القانون، لقيمة القرائن التي جمعوها -ولو كان هذا للتقدير صائباً- لا يقدها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلي مجموعهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءاً عن طرق العوامل الشخصية إلى الجهة التي أولاهها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيثتها ويقم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصادر عنها، لبيطل الإذن، مع كافة الأدلة التي تم التحصل عليها كأثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية في تنظيم فيدرالى<sup>(١)</sup>.

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء على رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي لاس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أدلى بها موثقاً فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها<sup>(٢)</sup>.

وكما قام الإذن على قرائن إطمأن إليها من أصدره، وحدد وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عن يشملهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يراد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعاً بمجال تطبيقه؛ وصحياً في القانون، وقابلاً للتطبيق.

(١) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf. V. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

(٢) McGray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم علي واقعة لفترضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين علي تنفيذ القانون، أو علي واقعة لفقها أو لتفتشها<sup>(١)</sup>، أو علي واقعة كشفها شخص من آحاد الناس<sup>(٢)</sup>.

ويجوز بناء علي إذن صحيح، تفتيش الأماكن -لأيا كان شاغلها- إذا ثارت شبهة احتوائها علي دليل الجريمة أو أدواتها أو ثمارها *The proceeds or tools of the crime*، بشرط أن تكون هذه للشبهة قائمة علي أساس *(٣) Probable Cause*.

كما يجوز استعمال القوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من نطق به الإذن بصوره. بل إن مثل هذا الأخطار يعرقل جهود للقائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأغراض التي يستهدفونها، وعلي الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يمدون إلي إخفائها أو علموا بترجيه رجال للشرطة لتفتيش الأماكن التي أودعوا فيها.

٧٦٣- ولا تنظر بعض المحاكم إلي إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تنص بصرها عن قبض بغير إذن أجراه رجال السلطة في الجرائم المتلبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها علي دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها<sup>(٤)</sup>.

بيد أن هذا الاتجاه منتقد. ذلك أن تقدير معقولة الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستقل به القائمون علي تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص<sup>(٥)</sup>. وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال الشرطة علي أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تفتيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك لأنهم قد

(١) *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978).

(٢) *Burdenau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأعمال قام بعد فصله لأحد العاملين لديه، بفتح أدراجة وخزائنه التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وقدمها إلي السلطة التي كانت تتولي التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الضميمة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تعمل إلا في مواجهة رجال السلطة.

(٣) *Zurcher v. The Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).

(٤) أنظر الرأي المخالف للقاضي بريغان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

*United States v. Watson*; U.S. 411 (1976).

(٥) *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة ويهددونهم بها، وقد يعمدون إلي تكمير الألة التي في حوزتهم، أو يفرون من قبضتهم<sup>(١)</sup>.

والتفتيش في هذه الأحوال جميعا، عارض علي القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم تفتيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقا للقانون. ويتعين تفسير سلطة التفتيش هذه في أضيق الحدود. ذلك أن التفتيش ما كان ليجوز لولا أن موقفا فلما عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة علي إجراء التفتيش. ويتعين أن تقرر هذه الضرورة بقرها. فلا يجوز التفتيش بغير إذن إلا إذا كان اشتراطه في إطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلا أو عملا<sup>(٢)</sup>.

ويتوخي هذا القيد الأخير، ألا يلتزم الاستثناء، قاعدة حظر التفتيش غير المأذون به. وهو قيد مواءم ألا يتم تفتيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال<sup>(٣)</sup>. Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصيا علي التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم ليدل بقيد آخر مواءم أن التفتيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزا كلما كان معقولا، علي أن تتحدد معقولية التفتيش. غير المأذون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعاصر<sup>(٤)</sup>. The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجيز التفتيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. ولأن يقتصر علي الشخص الذي تطبق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، ولأن يوسع الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في نطاقها دليلا ضده. فإذا جاوز التفتيش حدود هذه الدائرة، صار إجراء غير معقول، وباطلا<sup>(٥)</sup>.

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز تفتيشها معلقا علي إذن بذلك، فقد جاز الإنان بتفتيش وسائل النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

(١) Angello v. United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).

(٢) Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

(٣) McDonald v. United States, 335 U.S. 451 (1948).

(٤) United States, v. Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).

(٥) Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969).



يملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول علي نقيبها مواد محظورة، أو تم تهريبها، أو مباشرتها غير ذلك من أوجه النشاط غير المشروع<sup>(١)</sup>.

ذلك أن وسائل النقل هذه تسرع في انتقالها من مكان إلى آخر. ولأن يكون صدور إذن في شأنها مجدياً إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها بخلوها مصادرة محتوياتها. إذ يجوز جرها إلى مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فإن قائدها قد يحركها فجأة إلى مكان آخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول علي أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائعها الخارجي لتحليله، كلما تم ضبطها في مكان انتظار عام<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائياً لوسائل النقل Random visits؛ ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدليل الذي يتأني من تفتيشها علي هذا النحو<sup>(٣)</sup>. فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها لأشياء منعهما المشرع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان يبداهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلى كل محتوياتها، وإلى طرودها التي يحتمل أن يكون الجناة قد أخفوها فيها<sup>(٤)</sup>.

٧٦٦- ويخول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حدها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحيائهم التفتيشية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقوقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومساكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور علي صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرمانهم، بالنظر إلى اختراقها من بعيد، ما حرص الناس في نطاق توقعهم المشروع، علي أن يظل خلفها عن الأعين والأذان. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

(١) يجوز كذلك تفتيش الأماكن العامة والسجون وأماكن إيداع خردة السيارات والسجون بغير إذن. إذ يعتبر التفتيش في هذه الصورة تفتيشاً إدارياً لأغراض تنظيمية تربو فيها مصلحة المجتمع علي مصلحة الفرد.

Illinois V. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

(٢) Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925); Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); United States, v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949); Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

(٣) Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida-Sanchez V. United States, 413 U.S. 266 (1973).

(٤) United States, v. Ross. 456 U.S. 798 (1982).

الناس حتى في همساتهم، وأخص دخائلهم، وأعمق عواطفهم لتحيط بها داخل غرفهم المغلقة التي اطمأنوا إلي أن اجتماعهم بجدرانها، عائق من انتهاكها.

حقاً إن كثيرين من القائمين على تنفيذ القانون، يعنيه فرض أحكامه على الناس جميعهم بلا تمييز، إلا أن أداءهم لواجبهم مقيد بال دستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الانزلاق إلى جريمة تنصتكم -بغير إذن قضائي- على الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق على الجرائم التي حرصوا على إخفائها. ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون -ولما كان نيل دواعيهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنيهم. فضلاً عن أن للدولة التي يعملون لصلابها هي القدوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يباشرها أعوانها. وتسامحها معهم بغيرهم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي بنفسها<sup>(١)</sup>. ويحض الآخرين على اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحكم الناس لغير أبيديهم في تنفيذ القانون.

وبل أهدافهم في مطاردة الجناة المحتملين وتقبيلهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أموا من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يباثرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تكبيرهم لجريمة، فإن رصدنا أو تفتيش منازلهم للعثور على أدواتها أو لمعرفة ثمارها، يكون مشروطاً بحصولهم على إذن بذلك، وإلا تعين استبعاد كل دليل تأتي من تنصتكم على أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول على هذا الدليل بطريق غير مباشر<sup>(٢)</sup>.

وينظر بعض القضاة إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance. داخل عقار باعتباره انتهاكاً مادياً Physical invasion لمبنى مخالفاً للدستور<sup>(٣)</sup> ويراء آخرون منطقياً على عدوان على حرمة الحياة الخاصة على تقدير أن التفتيش الذي يفرضها الدستور على الضبط والتفتيش، تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن<sup>(٤)</sup>.

(١) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

(٢) Nardone v. United States, 302 U.S. 179 (1937).

(٣) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(٤) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يعرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكنا، تعين أن يطمئن الناس فيه إلى حرمتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرمتهم هذه من تدخل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دوائهم التي يرمون إلى صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام<sup>(١)</sup>. فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلى أصحابها، كافة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المأذون بها<sup>(٢)</sup>.

إذا صدر الإذن، ولتقتضى تنفيذ دخول المبني سرا" لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإذن قد خول القائمين على تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإذن، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثالث

#### التمييز بين القبض على الأشخاص واستيفائهم

٧٦٧- ويتعين التمييز بقدر كبير من الوضوح بين القبض على الأشخاص واستيفائهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل المحيط Full-blown search، والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائية Preventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يأتون أعمالا في أوضاع بذواتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فيهم. فلا تعتبر هذه الأعمال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلاعبها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تحطي الانطباع بأن شيئا ما وراءها. فالذين يزرعون للطريق جينة وذهابا، لا شيء في عملهم، ولكن

(١) ولا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية على تليفون مخصص لاستمالة الجمهور بقصد التتبع على أحيائهم.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968).

(٣) Ivano v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضية أن تسقط عددا من الاتهامات التي أسستها على الأدلة غير المشروعة التي جمعتها، بدلا من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

اقتربهم من مخزن في الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتفتده من كل نواحيه، يوحي بأنهم عازمون على سرقة، وأنهم يتحذرون فرصة يتسرون فيها هذا المخزن، أو يقتحمون نافذة فيه.

إذا استوقفهم رجل الشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق من نواياهم Stop- and Frisk، ثم أتبعها بتفتيشهم من خارج ملابسهم Patting down the outer surface of their clothes للتحقق مما إذا كانوا يحوزون أسلحة يمكن أن يهددوه أو المارة بها؛ فإن هذا التفتيش في الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للدستور ولا للقانون، إذ هو إجراء في شأن أشخاص قد يكونون حاملين لأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التي تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدد، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توقيفاً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التي يحملونها. وتلك جميعها مقاصد لرجال الشرطة لا نزاع في مشروعيتها، لتطابقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازته بغير إذن قضائي تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإذن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تقدر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، معقولة الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، في حالة بذاتها لها ظروفها الخاصة بها.

وزنها لهذه المعقولة يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض -في حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص متبصر حذر.

وبدون ذلك يتحقق الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التي لا مبرر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التي يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون في مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لشبهة تبصل بهم، ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفه من كل الوجوه. عن تلك التي تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون في الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجرامياً تم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التي قد تقضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالي توقيها بكل الوسائل، بما في ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعتزمون. وهم بذلك يحققون فى الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتاً من صحتها أو من انتفاؤها، ويدخلون بذلك خطراً وشيكاً قد يتحقق، لو أنهم غصوا بصبرهم عنهم، وتركوهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى القانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى، ونقطة البداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعتها محاكمة أو لم تتصل بها؛ وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقائية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأذون به.

والتفتيش الوقائى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة الشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواياهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو راجحة، ولا أن يكون التفتيش بسببها متوخياً العثور على أدلة جريمة يعلم رجل للشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأصل فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأذون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإذن، لم يجز إجراؤه فى شأن أشخاص بغير موافقتهم الحرة التى لا يداخلها ضغط أو إكراه<sup>(١)</sup>.

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها مبرر الاستثناء من شرط الإذن. وهى وإن كانت تخول للقائمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يعيروها النقاش، وأن يمضوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضايتهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم<sup>(٢)</sup>.

ولا يعتبر امتناعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاز من تتعلق به، على أن يكون هذا الاحتجاز بصفة مؤقتة، ولضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطرة.

(١) لو أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقيبته، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام في هذا الصدد، هو أن الشبهة التي تقوم في شأن بعض الأشخاص وتسوغ التحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل الجزم بانغماسهم في الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو اعتقاد عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالي أن تقتزن بالتفتيش للكامل لأشخاصهم وممتلكاتهم وعرباتهم، ولا أن تصل الأسئلة في مستوياتها إلى حد استجوابهم في مكان جرتهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة التحقيق<sup>(١)</sup>.

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أساس، تعين أن يتم بأقل قدر من التدخل في حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يؤول إلى محاصرة المحتجزين بأوضاع تتأكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل تأتى من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هي ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته.

ولا يجوز في أية حال أن يمتد الاحتجاز لغير الفترة القصيرة التي تزيل الشبهة أو تبقيها.

وقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بموافقتهم، فإذا استمطال وتصاعد بغير إذن قضائي، شكل ذلك تأثيراً نفسياً سيئاً عليهم، ليتطرق الخلل إلى إجاباتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

#### المطلب الرابع

##### الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش

٧٧٠- وكما يجوز التفتيش بإذن قضائي، أو بعمل من رجال الشرطة في مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويمتثلونهم؛ فإن من صور التفتيش ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيمية Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجلاها وقوع جريمة.

ومن صور التفتيش التنظيمية في طبيعتها، ما يقام في الطرق السريعة من نقاط للمرور Check points هدفها ضبط السائقين المخمورين من خلال إيقافهم وإبعادهم عن الطريق

(١) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصتهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من اتزانهم أو تعاطيهم الخمر<sup>(١)</sup>.

فإذا بان لرجل الشرطة أن قائد السيارة مخمور، أمر بالقبض عليه. ذلك أن السائقين المخمورين يعرضون للخطر أرواحاً كثيرة، ويتلفون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم بغيرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط للمرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يقتحمون حدود الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير فزع من يبدون سياراتهم في الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقاط يجوز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمباني، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق بقصد للتحقق من توافر الشروط للصحة التي تطلبها القانون فيها، أو من استيفائها للشروط التي تفرضها قوانين المباني، كالحد الأقصى لطوها ومكانتها والالتزامها خط التنظيم، أو لشروط الأمن الصناعي فيها كتزويدها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق في إجراء هذا التفتيش الذي يتعلق في الأعم بالتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها بقرائن الرخاء العام Public welfare كمحال التعامل في المواد الغذائية والأسلحة والخمور والخرقة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائي، وإنما مجرد التحقق من توافر شروط في هذه المحال والمباني فرضها القانون على شاغليها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً للقانون. وهي كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتوافر للقائمين عليها بالتالي حق في التوقع المشروع لخصوص حياتهم<sup>(٢)</sup>.

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد التحقق من أوضاع تطلبها القانون في هذه المحال والمباني. فإن انحرفوا عن واجباتهم هذه من

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش السجون وأماكن العمل العام، وأماكن خردة السيارات. Automobile junkyards.

أنظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

(٢) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970)

لاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخطى في هذا الموضوع، لمرّة تتطلب الإنزاض لتفتيش بعض المحال، ومرّة لا تتطلبه في محال أخرى، دون ضابط منطقي مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق التتحم بعض خواص الحياة التي لا شأن لهم بها، كان عليهم مخالفاً للدستور والقانون<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أفراد الناس

٧٧١- وأخيراً يتعين أن يلاحظ أن القيد على القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائها *Against the government*. ولا شأن لهذه القيد بالتالي بالتتحم شخص من أفراد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تفترض خروجها على الفروض التي قننها. وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي يفرضها الدستور عليها، ما لم تقوم صلة بينها وبين القام بالقبض أو التفتيش، بأن كان يعمل لصالحها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. *Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.*

فإذا لم تكن صلة من هذا القبيل، كان تدخل الشخص في شؤون الآخرين سواء بالقبض عليهم أو بتفتيشهم، ولعاً في نطاق تصرفاته الشخصية *Purely private capacity*. التي يسأل عنها، وعملاً مخالفاً بالتالي للدستور أو للقانون<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السادس

#### القبض والتفتيش وفقاً للدستور

#### مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفي مصر -وعلاً بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضي المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

(١) *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972).

(٢) Antonin Scalia, *Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America*, in *Human rights and judicial review; A comparative perspective*, edited by David M. Beauty, *International Studies in Human Rights*, Vol. 34, p.58.



فإذا استوفى أمر القبض أو لتفتيش الشروط المتقدم بيانها، تعين سراً بنص المادة ٤٢ من الدستور - معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو تقيّد حريته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيداعه بدياً أو محتوياً.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسبباً ووفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك - بمقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور - إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريدية والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التي لا تجوز مصادرتها أو الإطّلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لسريتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا - من خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و ٤٤ من الدستور - أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبينما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسبباً، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فإن هذا الاستثناء لا يقوم في شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التي جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر القضائي في كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن سكنتهم؛ وأنها كذلك مهاجمهم التي يأوون إليها، ومكان أسرهم التي يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية للشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجدوا - وبغير أمر قضائي - حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائي بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسبباً.

ولا تكفي حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعطاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائي في حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقاس عليه<sup>(١)</sup>.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ١٩٨٤/١/٢ - قاعدة رقم ١٢ - ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

### المطلب السابع

#### إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة

#### The right to privacy

٧٧٤- الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التي تحرص الدساتير المعاصرة على ضمانها<sup>(١)</sup>، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفي أن يظل آمناً مطمئناً إلى أن الجدران التي تحيط به لن تخترقها أذان فتحتها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن إغفال النص على هذا الحق في بعض الدساتير، حاجبا لوجوده، ولا مانعا من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تساندا على بعض الحقوق التي نص الدستور عليها، كالحق في ألا يتم القبض أو التفتيش في غير ضرورة، وأن تكون المنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -وما هو على منوالها- إطارا لمعوم الحق في خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير فيض للحقوق التي صرح الدستور بها وكفل ضمانتها.

فالدستور قد يكتفى بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها يضمنها بصورة أفضل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما يقويها الحق في قراءتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق في التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقيها. ذلك أن الآراء علي اختلافها من وسائل الاتصال التي يعبر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلى الآخرين، من خلال برقياتهم وخطباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تبلور رسالة يحرسون علي اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق في التعليم. ويعتبر هذا الحق مشتملا بالضرورة على حق الإباء في اختيار المعاهد التعليمية التي يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، وأكفل لتطوير ملكاتهم، وأننى لنوع التعليم الأقرب لظروفهم.

وضمن حرية التعبير يطرح بالضرورة تقرير الحق في الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

(١) تلخص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من دستور جمهورية مصر العربية علي أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يصيها القانون. وقد فُسي بأن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في الحياة الخاصة سواء في نطاق العائلة أو الزواج أو الحمل، لا تنسج السلوك الجنسي للشاء، ولو كان رضائيا.

[Consensual homosexual sodomy (Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)).

بما مؤداه ابتقاء وجود أى حق دستوري في اللواط، لا في نطق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق الفائرة في قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإذا نص الدستور على حرية الاجتماع، تفرع عنها حق الفرد في اختيار المنظمة التي يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الالتحاق بأكثر من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التي يطلبها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقا للدستور -وأيما كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق في ألا تقدم للجهة الإدارية بيانا عن أعضائها. ذلك أن حرية الاجتماع -وكما كان موافقا للدستور- تقيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مطلقا، مقصورا على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التي يدافعون عنها، وأن تكون خواص حياتهم بما في ذلك أسماؤهم -ولقمة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط الدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة على بعض مظاهرها أو أنماطها<sup>(١)</sup> كحق كل فرد في أن يختار زوجا، وأن يتخذ ولدا، وحق المرأة في ألا تحصل<sup>(٢)</sup>، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها في الدستور، ضماناتها التي ترتبط بغيرها من الحقوق التي تعطىها معانيها وتثريها. فلا تنفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يتكامل معها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالبا ما تشي بحقوق جديدة تستلزم منها عقلا، لتكون الحقوق الجديدة من قبض الحقوق القائمة بالنظر إلى الصلة المنطقية التي تضم بعضها إلى بعض، أو تفرع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions<sup>(٣)</sup>.

٧٧٦- وكثيراً ما يظهر الحق في حرمة الحياة الخاصة The right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة في الدستور. فالحق في الاجتماع، مفاده أن ينطلق على أفراد تضمهم وحدة المصالح التي تقرهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحا لغيرهم.

وحق الأفراد في ضمان حرمة أرواحهم ومتعلقاتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما تقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التي لا

(١) يقضي التعديل التاسع للدستور الأمريكي، بأن النص في الدستور على حقوق بعضها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار أو تعطيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.  
أنظر في ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتؤكد لفة وتاريخ هذا التعديل على أنه إلى جانب الحقوق الأساسية المنصوص عليها في التعديلات

الثمانية الأولى للدستور الأمريكي، توجد حقوق أساسية إضافية لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

(٢) The right of a woman to determine whether or not to bear a child.

(٣) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز اقتحامها. وحق الأشخاص في ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم، مؤداه تحويل كل فرد الحق في أن يعتمد بمناطق من خواص حياته يكتسبها عن الآخرين حتى لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية في النظم الدستورية جميعها، هي أن النص في الدستور على حقوق بنواتها، لا يحول دون التسليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتغطيها معانيها باعتبارها من فوضها<sup>(١)</sup>. وهي قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها في وثائق إعلان الحقوق، غير مظقة على نفسها، ولكنها تتبسط من خلال التفسير عليها.

٧٧٨- وسواء تعلق الأمر بالحق في الخصوصية أو بغيره من الحقوق المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تستخلص ضمناً من مفهوم قواعده وأصول أحكامه، وجوهر المسائل التي يفرضها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز اقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يعرقل هذه الحقوق ذاتها، أو يحد -على غير ضرورة- من إنباتها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل الوقائية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها، إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق في صون دخائل العلاقة الزوجية The right of marital privacy التي يتعين أن تكون أدق أسرارها بيد أصحابها يقيمونها بالوسائل التي يرون ملائمتها. ذلك أن العائق الزوجية تمثل لأطرافها أعظم مظاهر حياتهم خفاء، وأغظها ميثاقاً بعد أن أفضى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لآخرين أن يعرفوه، فلا يكون همسها، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها الداخلية، إلا تمييزاً عن أخص حرمانها<sup>(٢)</sup>. بل إن العائق الزوجية هي نتاج حقوق الأفراد في الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها مترامياً على طريق نماتها، وعبر امتداد زمناها. وهي بذلك تعد نهجاً حميماً وتبعاً صافياً لأنق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً، ليكون

(١) حق المرأة في ألا تحمل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفة

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج في مضمونه ومروءه، عقيدة لا تنقسم عراها أو تهن صلابتها، وتصل روابطها في عمقها إلى حد تسميتها، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها في أكثر صورها تألقاً وتراحماً<sup>(١)</sup>.

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملامحها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينظمها في كل صورها وأشكالها<sup>(٢)</sup> Non inclusive list of rights. يؤيد هذا النظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تنطبق بالحقوق التي نص الدستور صراحة عليها، فإنها تغطي كذلك تلك التي تدرج ضمناً تحتها، وتحتبر من مشمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأداه موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التي عدلتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها في هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد في الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتبار أن الأسرة التي يقيمها في إطار علاقة الزوجية، هي في حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التي يحتضنها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المنصور بالتالي أن تنتوع هذه الوسائل، وأن تتعدد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتقضى جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكفل الدستور مرونتها حتى لا تجمد حركته وينكمس في مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، ولتظل للحرية المنظمة Ordered liberty<sup>(٣)</sup> أبوابها المفتوحة.

ثالثاً: من المحظور في إطار الحق في الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معيناً لحياتهم؛ ولا أن يصبها في جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التي اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا النظر، أن الحقوق التي احتجزها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهي بذلك في اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

(١) القضية ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨/٢/١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفي نطاق حماية الحق في الخصوصية قضى بعدم دستورية تجريم حيازة شخص لمواد ماجة، لاستعمالها في بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

(٣) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى آفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها في الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد في حرمة الحياة الخاصة، لا يتطرق فقط بنطاق المسائل الشخصية التي حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق في أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمصيره، وإشملها تأثيراً في أنماط الحياة التي يفضلها؛ ولا بالعلاق الزوجية وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على النماء والتكامل ويكفل وحدتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بمعلوماته التي يتلقاها أو يحوزها في شأن أخص الروابط والعصبة بذاتك نفسه. ذلك أن حق للناس جميعهم في حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من أقطارها كافة، يشمل كل ما ينبغي كتمانها منها في نطاق توقعهم المشروع. فلا تتسلق الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر العلاق الشخصية عصاً ومودة وثقافة، ويهدر ألقيم الخلقة التي تحيط بالحياة وتكفل دولها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة؛ حظر تدخل السلطة بغير مبرر فيما ينبغي أن يتفرد به كل إنسان من الشئون، وعلى الأخص تلك التي تتعلق ببناء الأسرة وإنجابها، وباختيار نوع النظم لأبنائها، وتكوينهم خلقاً ونفسياً. وكذلك حق الأسرة في تعميق قيمها، وتقييم مناحي سلوكها، وأن تعمل في نطاق أعرافها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراثها.

ومن ثم لربط الحق في تكوين الأسرة بالحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدتها أو يؤثر سلباً في القيم التي تتصهر فيها.

بما موداه -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز للفاذ إلها، وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد ضمناً لسريتها؛ وصوناً لحرمتها، فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة ودخلاتها، تصون مصلحتين متكاملتين فيما بينهما، وإن بدتاً منفصلتين. ذلك أنهما تتعلقان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التي ينبغي كتمانها.

(١) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التي توليها المحاكم إهتمامها في مجال صون حرمتها وخصوصيتها؛ أنظر في ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

لحق الأفراد في العيش سوية في نطاق عائلة تجمعهم، يستبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين؛ وكذلك بما ينبغي أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر في مصيره.

وتتلور هذه المناطق جميعها التي يلوذ الفرد بها، مطمئناً لحرمتها، وامتناع إخضاعها لأشكال الرقابة وأدواتها على اختلافها، الحق في أن تكون للحياة الخاصة نخوما، باعتبار أن صونها من العنوان، لوثق اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحدة، وأكلت للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصل، ليوائم مضمونها الأفاق الجديدة التي تروى الجماعة إليها<sup>(١)</sup>.

٧٨٢- وكما حظر المشرع من خلال عقوبة جنائية فرضها- على الأفراد القيام لعمل معين، وكان منهم من هذا العمل تخلصاً من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه في ذلك مخالفاً للدستور.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي حظر بها المشرع احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدني أبطل به كافة العقود التي تم أو التي يتم إبرامها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للدستور، على أن الذين يحتجزون أكثر من مسكن في البلد الواحد، مكافئين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -في جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخص دخائلهم وأوثقها اتصالاً بخواص حياتهم التي ما قصد الدستور بحمايتها غير أن يوفر لهذه الحياة أسرارها ليكتتمها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنفسهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر العذر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفاً للدستور، وعلى الأخص في نطاق الأسرة التي تقوم في

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٧- ص

٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها على وحدة بنياتها وترباط مصالحها، فلا تكون نهبا لأخرين يقعون على أسرارها، وقد يطلعون على عورتها<sup>(١)</sup>.

٧٨٣- وتعلق الحماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداه انصرافها إلى شؤونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة في كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقائعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد يمنعون النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جناتها من صور الجزاء التي تردعهم وتمنع ترديدهم في الجريمة من جديد. وقد تظل عالقة في الأذهان -لنسين طويلة- التفاصيل الكاملة التي ربطت بين تلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهن في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهن. وربما عزلن بصفة كاملة عن محيطهن.

كذلك لا يجوز لأية جهة -ولا تعين مساهلتها منديا وجنائيا- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -بغير موافقته- مجالاً لاستغلالهما تجارياً سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا الشخص قد توفي، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد ترويجها أو الترويج منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استعمال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تناقض حق الناس جميعهم في أن تكون لهم ملائمتهم التي يفتنون إليها من عناء يومهم، ويهجمون إليها مطمئنين إلى خفاتها عن الأعين التي تقتحمها، وأن تحظى أسمائهم وصورهم بالتالي بالحماية التي تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يخلط بالربح أو يتوخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إطلاقها، ويكفلها إمسакها من أعنتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من ضرورها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار للكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالاً بالحق في خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناة قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصحتها أو بكتبتها Reckless behavior، وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعهم من نشرها، علمهم ببهتانها Fraudulent intent<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية ص ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).



ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة، وبين نطاق القيود التي تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرهقها.

فالناس في منازلهم التي يولّدون بها لضمان راحتهم، ويحتصمون بحرمتها من كل دخول عليها، يورقهم أن يطرق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التي يرونها، وفي الأوقات التي يختارونها، سواء كانوا راغبين في تلقيها أو عازين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين أفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التي تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التي يكفلها الدستور لأصحابها -وبالضرورة- حقاً لآخرين ينازعولهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقي للحياة المنظمة.

وشروط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمنازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتركوه في صناديق البريد التي تخصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملاً اختياريًا. شأن الآراء التي يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس في منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الخليعة التي يبعثونها إليهم في هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مدامتهم بالصور للفاسقة، وما يقارنها من إمكان اللقاء بأصحابها في العنوين التي تذلل تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فضح التطبيق على أوضاع جنسية يمارسونها؛ كل ذلك يفجعهم في لثق مشاعرهم وينقلض قيمهم الأخلاقية. ولأثرها على الصغار -الذين تتصل أيديهم بها- أسوأ عاقبة وأفدح خطراً. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تعرّض على البالغين ولتقتصر تجديها بعد فرضها عليهم<sup>(١)</sup>.

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز لتقابة تمل للدفاع عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أربابهم في منازلهم، رسائل تنوّه سمعتهم، أو تحرض العمال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام في جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التي تقوم لتقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحمية حرمة الحياة الخاصة لشكالا متعددة، أهمها:

(١) نظر في ذلك: مؤلف الأستاذ جاك روبري بالتمون مع الأستاذ جان دي فر Jean Duffar وعنوانه حقوق

الإنسان وحرية الأساية- الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

لولا: حماية حرمة المنازل من لقتحام أغيار لها، لو تنصتتم على ما يدور فيها، لو تصويرها بغير موافقتهم، ولو بطائرة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز Le lieu privilégié الذي لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هي التي تد بصرها لدخائله. ذلك أن الممكن ليس مجرد مكان اختاره الشخص لنفسه ليقم فيه، وإنما هو ملجأ يعتصم به من تدخل الآخرين، ويؤمن لقتحامهم لأسراره، ووقوفهم على خباياه، وعتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بخواص حياتهم.

وسواء أسر المنزل تفسيراً ضيقاً بقصره على المكان الذي يتخذ الشخص سكناً، أم كان تفسيره واسعاً مشتملاً على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قارباً خاصاً يمتد البحر، ويتخذ الموجدون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للممكن، ويلحق به كل مكان مباشر الشخص فيه نشاطاً تجارياً أو مهنياً يقتضى أن يظل في مأمن من للتدخل التحكسي لرجال السلطة؛ وإن جاز للتدخل في حرمة المكان -مفسراً على النحو المنقذ- بناء على أمر من قاضي التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائي في الجرائم الملبس بها<sup>(١)</sup>.

وقد ملأ قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة الممكن المنصوص عليها في المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى. وهي تؤمس اجتهداها في ذلك على أن الدستور غير في الحكم بين هاتين الحاليتين. فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور سرفها عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التتقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، على أن يصدر الأمر من القاضي المختص أو من النيابة، وليس بشرط أن يكون مسبباً؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المماكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المماكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها، إذ

(١) Cour 16-12-1992, Niemiety, n os 30-31.

تؤسسها على الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك على الحق في حرمة الحياة الخاصة. التي تكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجما للفرد، وموطن سره، وموطن سكينته<sup>(١)</sup>.

وربما كان من الأوفق، أن تؤصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن على الحق في حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص سكنا يستقر فيه، فرعاً من إرادة الاختيار التي تتفرع بدورها عن الحرية الشخصية، إلا أن حرمة الأملكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة اطمئنان ساكنيها إلى أن ما يدور في دخلها، لن ترصده أذان مرها سمعها، ولن تبصره عيون تريد خرق حجبها، ولن أحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم لن يكشفها أحد، ولن أسرارهم في قلاع منيعة حصونها، مسئلة سنارها، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد متطفلة عليها، أو تغوص في أعماقها بقصد هتكها، ولو لمجرد التحقير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد أفرد لحرمة المسكن، حكماً قائماً بذاته ينقسم نص المادة ٤٥ من الدستور التي تنص على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة بحميها القانون، فذلك بالنظر إلى ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلى أن جدرانها لا لسان لها لتتلق به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا أذان ترهفها لتستطع بها كل كلمة تسمعها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، واقعة كذلك في نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأصل فيها هو سريتها. بل إن سريتها هذه -ولما كان محتواها- تفترض، إذ هي أصل يحكمها بالنظر إلى إفصاحها عن خوالج النفس ولأن مكوناتها. وقد تكون في صورة مناجاة، أو تحييراً عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحدر. وهي في كل صورها اتصال بالآخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها للتعبير عن سخطهم على أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تنبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من سبل للتواصل الحميم أو المذموم بين الناس.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يوتية ١٩٨٤ -قاعدة رقم ١٢- ص ٦٧ وما بعدها

من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ويلاحظ في الحكم المنقسم أن المحكمة الدستورية العليا خضعت في خصائص المسكن باعتباره ملجأ للفرد وموضع سره وسكينته، وإن كانت هذه الخصائص علة للحرمة وليست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريفها عن محتواها، ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها؛ ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها، بغير إذن أطرافها.

بل إن الاختراق المتصاعد للناس فى أحاديثهم التليفونية، كان محل انتقاد المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، مما حمل بعض الدول للمعترة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتغيا التكتيل على وقوع جريمة تثل بصورة خطيرة بالنظام العام، ويقصد الوصول إلى جنائها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق الدفاع.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تلزم عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابطا لتصرفاتها، أن تمتن الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأتيها السلطة التنفيذية بقصد فضها وتوقفا على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضرارها، أو أفعال أعدائها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقائها وإعطائها معنى مفرطة فى اتساعها، مؤداة أن نصير الحرية الفردية رهن إرادتها، نقيها وفق مشيئتها أو تقوضها بفعالها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجنائية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد مديريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بغير أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل حرمة الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتوصون سرينها ولا تجيز مصلارتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسببا، وموقوتا بمدة معينة، ووفق أحكام للقانون<sup>(٢)</sup>.

ثالثا: ويدخل فى إطار خولص الحياة، أن يظهر الشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه<sup>(٣)</sup>.

(١) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

(٢) تلص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وظاهر من ذلك أن لقرتها التقية متفرعة عن فقرتها الأولى.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinquieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisi

ذلك أن الشخصية تتعدد مظاهر إعلانها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منطوياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التي أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالحقيقة التي تنتشر الأسماء الأصلية التي حرص أصحابها على إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تظل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم في غير الصورة التي أرادوها لأسمائهم.

وتغيير الهوية الجنسية -التي تنطبق بما إذا كان الشخص ذكراً أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالي أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو تعلق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون (Le Transsexualisme<sup>(١)</sup>).

ويتعين بالتالي التسليم بالهوية الحقيقية للشخص بكافة عناصرها - فإذا شوها - بتغيير موافقة صاحبها - أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التي هو بها، أو بوضعها في سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التي تتميز بتفردا وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسؤولين عن هذا التغيير<sup>(٢)</sup>. وللناس في أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالي كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة العائلية كذلك في إطار العلاقات الاقتصادية بين أطرافها وما أودعوه من الأموال في مصارفهم، لتظل من الأسرار التي لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التي تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التي لا يجوز إلتحامها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحددها ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للمنتور والقانون.

رابعاً: على أن حق الأشخاص في أن يظهرها أمام الآخرين بالصورة التي يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تمييزاً عن ذاتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع في دائرة بذاتها، صورة بعينها على أشخاص يقعون في نطاق هذه الدائرة، حتى توحد

(١) المرجع السابق ص ٢٣٨.

(٢) فيما يتعلق بالرسم الكاريكاتوري يوجد تسامح كبير في نشرها بالنسبة إلى القاتمين بالعمل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يختلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفاً بهم. ومن ذلك الأزياء التي يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

أن الحرية الشخصية لا ينافيها أن يفرض المشرع في <دائرة بذاتها> قيوداً على الأشخاص الذين <يقعون في محيطها> تغيير من الصورة التي ألدوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج في إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء معينة يرتكونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وفقاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التي توجد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتؤيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيساً من جانبها على أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التي يريدونها، إلا أن المرأة التي تعمل في جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منسدلاً على كتفها بالطريقة التي تراها. ذلك أن العاملين في الشرطة يجب أن تتوحد أزيائهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها<sup>(٢)</sup>.

وقد عارض القاضيان برينان ومارشال -وهما من أعضائها- الحكم المتقدم على سند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التي يكتفلها الدستور. إذ يبلور هذا المظهر للشخصية الفردية ويعلن عنها ويغذيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التي انتهجها الشخص أسلوباً لحياته.

اضلاً عن أن ضمانات الحرية التي يكتفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التي يراها، فإن الحق في خواص الحياة، والتعبير الذاتي عن الشخصية وتحقيق تكاملها واستقلالها، يكون لغواً<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976).

(٣) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لتضاء المحكمة ملقحة بذات الحكم السابق.

### المطلب الثامن

#### إخلال التقيض والتقييد غير المبرر بالحق في التنقل<sup>(١)</sup>

#### La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الانتقال من مكان إلى آخر، باحثاً عن مأواه وما يقتات به، مقتلاً أعداءه، حريصاً على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتروى دائماً فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد لضيوبها إلى موارد جديدة يقيم إلى جوارها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قدامه، بطوع الطبيعة لظروفه، ويسخرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائماً أو شديداً. بل واعياً بما يفعل، متفاداً من خطأ في الأرض، طريقاً إلى حياة بطلها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيه الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتعطيها روالها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائمة، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. وقاماً يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ الترحال منها.

٧٨٧- ويتطور الحياة، وتعدّد وسائلها، وتترحم الأفراد فيما بينهم وتكادهم -ولو لا انتزاع ما لا يخصهم- وتوافر مظاهر القوة التي يتسلط بها بعضهم على بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة يتطلبها التعايش في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل الناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في التقاضي والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل Le droit de tout citoyen de circuler à son gré بالثألي -على ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءاً لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن الحرية من عثراتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويسبق مظاهرها.

(١) الحق في التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

٧٨٨- ولم يعد الحق في التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص في مجال عمل الصحافة التي يتسقط مندوبوها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من يتطلعون إلى إثباتهم بها، وتحليلها.

وصار حق التنقل مفترضا أوليا لمباشرة الصحافة لحريتها، وضمنا لتدقيق الحقائق من كافة المصادر التي تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تقييد الحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، في إطار من الوسائل القانونية السليمة التي تنافي التحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الأفاق المفتوحة التي تتهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل معلومة تتخذها مادة لها. فلا تتلفق هذه الحرية في دائرة ضيقة، وإنما تتجدد ورائدها، ويزداد اتساعها، بما يكفل تدفق عطائها، وتوثيقها لكل جديد.

٧٩٠- والحق في التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، وللحصول من الدولة -وعن طريق مؤسساتها المختلفة- على الحماية التي يروجونها منها، سواء عن طريق اعترافها بحقوقهم التي أمثلتها، أو بمعاونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلماتهم عليها<sup>(١)</sup>، فإن لم تسعفهم في إيفائها أو أخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلى دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليحيط حق المواطنين في التنقل بأنماط حياتهم على اختلافها، ويتوجهاتهم أيا كان الطريق لتحقيقها وبمعاييرهم إلى الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها<sup>(٢)</sup>.

وهو حق يشمل المواطنين جميعهم، لا يميزون فيه عن بعضهم البعض<sup>(٣)</sup>، ولو بالنظر إلى عرقهم أو مكانتهم. وهو في الدول الفيدرالية حق للمواطنين في كل ولاية، ينتقلون منها إلى غيرها، بغير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتدوا بفقرهم أو ببطالتهم، وسواء تعلق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

(١) تلخص المادة ٦٢ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العلمية كتابة وبفريقه. ولا تكون مخاطبة السلطات العلمية باسم الجماعات (إلا الهيئات النظامية والأشخاص الاعتبارية).

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الساقطة في التنقل للبحث عن زواجها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما بعرضها لجددها والإتجار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بالتالي التمسك أن يحظر على أشخاص بذواتهم في الدائرة الإقليمية للموذية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستندات قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.



٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التي يكفلها الدستور لمن يتجولون في نطاقها.

وقد يكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التي يبحثون عنها. وقد تكون هجرتهم من أوطانهم وفق الشروط والأوضاع التي ينظمها القانون.

ويظل الحق في الانتقال في هذه الفروض جميعها، موازيا في أهميته، طعام للناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، ومعهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المواطن في التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التي يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية المألوفة. وللدولة بالتالي أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التي تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فتن داخلية، أو مزقتها لطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تأكل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناوئا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعمهم من الانتقال، يفرض عليهم لتقييد تنظيمها انقلابا عليها. وهو اعتبار إذا توافر في حق المتورطين في النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق اعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون النصوص القانونية التي تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة في اتساعها، تخطئ الأبرياء بالمتنبيين، وتجمعهم على صعيد واحد، وتردهم إلى دائرة الجزاء عينا، بما يعوق حرياتهم التي كفلها الدستور؛ ولو علق المشرع حقهم في الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التي انضموا إليها. ذلك أن التحاقهم بتنظيم معين في إطار حق الاجتماع، مؤداة أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، معلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تنظر إلى الحق في التنقل باعتباره أصلا لا يجوز تقييده إلا في أضيق الحدود. فإذا فوض المشرع جهة إدارية في أن تقرر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فلن يمنعها لمواطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق التظلم من قرارها ومناقشتها كذلك في ألفتها، ثم الطعن علي هذا القرار

حال إصرارها علي تنفيذه. والمحكمة أن ترجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فاقدا لمبببه، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك ترن العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقا للمستور والقانون، إلا إذا اقتضته مصلحة لها اعتبارها كذلك التي تتعلق بالأمن القومي<sup>(١)</sup>.

٧٩١- ويبدو الحق في التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلى الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق التكامل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطى بها الحواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، لتظهر عملا وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط عيقة التلاحم، فلا يتمزق تسيجها، وإنما يكون صامدا عبر الأجيال، وغاليل العهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها في التنقل بين أجزاء إقليمها، بغير قيود تحكمية تسفل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلي بعضهم ويكفل حرية للتجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد سعيهم لتأسيس وطن واحد يذوبون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة داخل الدولة للفيدرالية، استقلالها تشريعا وتنفيذا وقضائيا عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلي ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيرا ما يكون ترحالا من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرق، أو عن معونة اجتماعية أعلى Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين يطرقونها؛ ولا عن وافدين يطلبون العلم في معامها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون علي مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تمايز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمررون في إقليمها مروراً عابراً من غير مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

فالدول الفيدرالية تتربط أجزاءها، وتتصير داخلها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية أم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتناثر، ولكنها تتوزع علي أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

(١) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116 (1958).

(٢) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكلفها الدستور الفيدرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم داخلها، وغيرها<sup>(١)</sup> Interstate movement.

٧٩٥- وتكفل المحكمة الدستورية العليا حرية المصريين في انتقالهم فيما بين ربوع بلدهم، غدوا ورواحا سيما في ذلك الحق في مغادرة الإقليم - فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال داخل بلدهم أو خارجها، وإنما يباشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما تكل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تخول كل مواطن -وفيما عدا الأحوال التي يبينها القانون- الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها داخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطنًا. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية لن تكتمل ملامحها بغير الحق في التنقل، وعلي الأقل باعتبار ضروري لصون جوهر مكوناتها، ولتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥١ و٥٠ من الدستور، تقريرهما لضمائنين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولاهما: لا تجيز منع مواطن من أن يقيم في جهة يعينها، أو حمله على أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكميلاً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تتصل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، على أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها<sup>(٢)</sup>.

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقهر ونذل الحاجة، في جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالى الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهاداً، وسواها وأغدق مراعاها، وأنشأها ذلولاً يمشون فيها، ويحصلون على احتياجاتهم منها.

(١) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كذلك فإن من بين الحقوق التي تقتضى ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص في الشكوى السلطة العامة من ظلم وقع عليهم، وحقهم في التصويت لاختيار القميين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المباني الحكومية.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - س ٩٢٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عدما لهم- عن أن يكونوا مستضعفين في الأرض مع رحابتها، تضيق بهم رغم اتساعها، فأمرهم بالانطلاق في مناكبها، لا يترددون خوفاً، أو يتعشرون تخاذلاً، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء العزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما يحفظ لقلوبهم جذوتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالثالإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- نفترض الجريمة في الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها. ويتقضى تحقيقها توصلاً إلى جناتها، جهداً متتابعاً من الفاعلين بأعمال الضبط الجنائي، وعلى الأخص في مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالاً بها على ثبوتها في شأن شخص معين، يعتبر في نظرهم مرتكبها.

ويحيط للمجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون تنظيماتهم حتى لا يعرفها أحد، ويبثون عيونهم في أماكن مختلفة لتنبيههم إلى كل خطر قائم عليهم، ويتكتمون شئونهم حتى لا يدركها غير المحيطين بهم من أعوانهم، ويعتمدون تضليل رجال القلائون حتى تظل الجرائم التي يرتكبوها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والقبض عليهم بغير عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعمل من بينهم، أو من جهة غير هيئة الشرطة، ينس بينهم، ويعايشهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثله، يسير على منوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

ويقدر مهارة العميل في الإقناع، تكون قدرته على الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحداً من أفعالهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعهم الإجرامي، أو يعمل معهم في تخليق بضاعتهم أو ترويجها، وقد يصل دور العميل إلى حد تحريضهم على الجريمة. وذلك بأن يزينا في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومرايل تنفيذها، متوخياً بذلك أن يراهم مثاليين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تكبير محكم بخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم متلبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كل يقتصر دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يعاونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر في جريمة صنعها<sup>(١)</sup>.

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيعبد إلى إقناع من يهربونها بأنه أكثر منهم على إخفاء ملاحمها ثم تسويقها، فيودعون نقمتهم فيه، ويطلعون على الآثار التي نهبوا، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

(١) The Supreme Court, Entrapment and Our Griminal justice Dilemma, Sup. CT Review 111 (1981).

وقد لا يتعلق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شبهة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتلقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها للميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فنحن إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحداهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخرون فيها ومقبلون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما تقتصر دوره على حملهم على الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتهما: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحداهما شخصية: Subjective approach. وموداها أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليرتكبوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحبوا فرصتها، فلا يقبل منهم بعدئذ القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يكن من ارتكبوها لينحل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة الشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا العزم على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل جرفهم إليها.

وثانيتهما نظرة موضوعية: Objective approach تولى اهتمامها لأفعال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة على نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مستوياتها المسلم بها، كان تدخلهم غير مقبول. ويتعين An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise بالتالي إطلاق سراح من ورطهم العميل في الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

(١) Jacobson v. United States, 112 S.ct. 1535, 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل العميل قد هبط بولجائه الوظيفية إلى حدود تنافي خصائصها ومتطلباتها التي لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.

Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتميل المحاكم في مجموعها إلى النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها. فكلما كان هذا التدخل جسيماً بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، فإن هذا التدخل يكون محظوراً، ولو كان تدخل العميل قائماً على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تعقيهم والنيل منهم<sup>(١)</sup>.

Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلى المحكمة أن تحقق في الدفوع التي يقدمها المحامون والتي يتهمون بها العملاء بالإيقاع بموكليهم، وأن تتنظر في كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة للشخصية أو الموضوعية التي تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوءها ما إذا كان تدخل العميل في حالة بذاتها جائزاً أو غير جائز.

فتساندنا إلى النظرة للشخصية، مؤداة أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، مقبلون على الجريمة يتحينون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا انتهت فرصتها، ولو لم يكن العميل قد التقرب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز على العملاء أنفسهم، وتدينهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجزى القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

(١) والنظرة الموضوعية هي التي يوصى بتقنيها في القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws, A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أيدها بعض قضاتها وأوصى

بها الكونجرس ومشروعي الولايات الأعضاء في الاتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congressional Research Service, pp.1751,1752.

وتختل مستوياتها هذه، إذا كان العمل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العمل صانعا للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظورا كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يماشر العمل امرأة لها ماض، ويوهمها بصديق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلى مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، ليطعها بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العمل في هاتين الصورتين يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غرض نشاطهم على الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها، فلا يكون دخول الصلاء في صفوفهم والانمجام معهم، تدبيراً مافيا لهذه الوسائل إذا كان ما يتوخاه منحصر في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنتوا لهم، ويعرفونهم على مخازن الأسلحة التي هربوها، أو معامل تقطير الخمر التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها، أو صور التعامل في الدعارة التي خططوا لها، والنظم التي تدار بها شبكتها بما في ذلك وسائل اتصال الرجال بالبنايا.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التي كانوا يخططون لها قبل اتصال العمل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التي ألفوها، إلا أن كل تدبير يتخذه العمل بقصد التحريض على الإسراع فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها في عقولهم، هو تدبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان تدخل العمل متصلاً بأنشأوا للجريمة، وإنما ورطهم العمل فيها<sup>(١)</sup>.

وتظل درجة تدخل العمل في الجريمة، معياراً حاسماً في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائز بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول<sup>(٢)</sup>.

(١) United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلى ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا يمتنعهم أمراً، وإما ورطهم العمل فيها وبين آخرين كان الإجرام من خلقهم وخلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

(٢) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).



المبحث الرابعإقرار المشبوهين بالجريمةالمطلب الأولطبيعة هذا الإقرار

٨٠١- يفترض فيمن تنور في شائهم شبهة ارتكابهم للجريمة، أن اعترافاتهم بها -فيما لو أنكروا بأنهم جناتها- مجردة من كل تأثير يفقدها مصداقيتها، أو يرجح بهتانها، وهو ما يتحقق كلما نجم التأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو أشخاص على الشهادة التي تدعينهم، سواء كان هذا الحمل مرده إلى تهديد بإيذائهم أو إلى منفعة وعدوا بها<sup>(١)</sup> A promise of benefit or a threat to harm

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترافاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلفيقها أو الإكراه عليها من خلال ضربهم أو جلددهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها<sup>(٢)</sup>. غير أن التحقق مما إذا كان الإقرار بالجريمة يعتبر عملاً إرادياً أو كان قد انتزع قهراً، صار متعذراً اليوم على ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تحذيرهم أو أنواع للضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول على اعترافاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقاً للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفاً لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلى المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلى جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتعاقبها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبوهين فرصة لالتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجاباتهم هذه دليلاً ضدهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يستند بطلان الإقرار في اللاإرادى في الدستور الأمريكى إلى التحديد الخامس لهذا الدستور الذى يقضى

بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. (Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1997)).

(٢) Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v. Texas 316 U.S. 547 (1942).

(٣) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الإقرار بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهربائية مبهرة.

ذلك أن سؤالهم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إيداعها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقيقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صدقها، بالنظر إلي ترويضها ووجود قرائن تدعمها.

بما مؤده أن إقرار المشبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلاً عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيداً بدلائل خارجية تؤكد صحته<sup>(١)</sup>.

ذلك أن مثل هذه الوسائل تتناقض قيم الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل القانونية السليمة.

### المطلب الثاني

#### بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجماً عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تعتبر نظاماً تفتيشياً Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها - لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه - وإنما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقاً<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكلهم يعقد الإقرار بالجريمة، أو يجعلها أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ولو بدأ المقر بالجريمة مضطراً علي أعصابه، متخلياً عن حزمه بل ولو كان مدركاً أن إخفاؤه للدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المنصور في الدول التي تقوم بسلبها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتض، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تعذيباً عقلياً لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابة تمتد زمناً طويلاً يكون منهاكاً لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تتلووا عليها In relays لضمان راحتهم

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلى طول منتهأ؛ وكان المشبهون قد تعرضوا لإضاعة قوية تغشي بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مظلمة جلبوا إليها وأودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم<sup>(١)</sup>؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة على افتراض ارتكابهم الجريمة، بما يشكل ضغطاً نفسياً لا يحتمل على أعصابهم التي يرهقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو غيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قيمها.

### المطلب الثالث

#### حضور المحامين مع المشبهين ضرورة لا تغرط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يملق المشبهون فيها إلى أماكن الاحتجاز التي ينزلون فيها عن الاتصال بأخرين يرجون عونهم كالأصدقاء والمحامين، وأن يقرأوا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية محسوبة بصحبها رجال الشرطة على عقولهم، ويعطلون بها إرادتهم؛ فإن ذلك لا يجوز بيقين في دول تعطي للمستور القيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تعذيباً عقلياً أو بدنياً يكون من شأنه، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

ذلك أن ترويعهم يتمحض تخويفاً وريبة يبعثها رجال الشرطة في أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاضٍ، وبالحق في أن تدبهم الشرطة إلى الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، ولتي يندرج تحتها الحصول على عون من أصدقائهم ومحاميهم. بل إن الأجواء التي تتصل بالاحتجاز، لا يجتثها من منابئها غير حضور محاميهم معهم حتى يقدموا لهم يد العون التي يحتاجونها في شدتهم، وحتى تنال حريتهم في الخيار بين صمتهم عن كل قول يتعلق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلاً عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير المعلنة، يتضائل إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلهم لهذا القهر، شهد محاموهم بذلك أمام أية جهة يعيها معرفة حقيقة ما تم. ويكفل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التي يدلي موكلوهم بها في مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزائها، فلا يتصور تشويهها.

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949); J. Wigmore, A treatise on the Anglo-American System of Evidence, 3d edition (1940).

المطلب الرابعتطور مفهوم الإقرار بالجريمة٨٠٤- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تدل علي عدوانيتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المشبوهين كسكنهم، ودرجة ذكائهم، وقدر تعليمهم، وماضيه في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بذويهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها.

وجميعها عوامل تنتظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تستد بواحد منها فقط، مما جعل معيار الإقرار لحر بالجريمة، غير موحد فيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطىها لبعض هذه العوامل.

ثانيتهما: للتمييز بين تحقيق تجربة الشرطة في مرحلة اشتباهاها في شخص معين بوصفه ضالعا في الجريمة، وبين تحقيق تتولاها في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه الشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محامي، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة عليه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانات إجرائية يتطلبها القانون.

وإذا كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه؛ فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجريه الشرطة بعد الاتهام

(١) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review. 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميهِ<sup>(١)</sup>، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

#### وهو ما نراه صائباً من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجباً في الأصل ليس فقط لثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول على مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفاً من خلال التحقيق السابق على المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تتور في شأنهم شبهة إتيان الجريمة، كثيراً ما يعترفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترافاتهم هذه ستقل بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجباً في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم لثناءها.

فتمت علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة على الحصول على إقرار بالجريمة ممن تتور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها على عون محاميهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديمها وحديثها، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافحة الجريمة على إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلى إدانتهم. فضلاً عن أن هذه النظم، تكون أقل إنصافاً، وأكثر مدعاة لإساءة استعمال السلطة، وتقصد في النهاية مصداقيتها، لتتقدم عليها نظم غيرها تركز اعتمادها على الأدلة الخارجية التي يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تتهاور أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وفعاليتها بتخلي المواطنين بغير وعي منهم عن الحقوق التي كفلها الدستور لهم، كالحق في أن يظلوا صامتين، فلا يدلون بإقرار عن جريمة تتور شبهة ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم على محاولة التخلص منها من خلال نظم جنائية لا تعطيها هذه الحقوق أكثر من حرصها على ملاحقة الجناة المحتملين.

(١) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1946).

٦. أن الحق في الحصول علي عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهاد لمحاولة حل غموض جريمة لازال مرتكبها مجهولا، إلي التركيز علي شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبهيا فيه، وتمطره بأسئلتها لإجهاده حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها علي التحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تعطيل حق الشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقيقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، علي الأدلة التي تعيها علي حل غموض جريمة قائمة. ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة التحقيق إلي مرحلة الاتهام من خلال تركيزها علي شخص معين بقصد الحصول علي إقراره بالجريمة<sup>(١)</sup>.

٧. أن مجرد احتجاز الأشخاص الذين تنثور في شلهم شبهة ارتكابهم للجريمة، وإحاطتهم بأجواء خائفة تسيطر الشرطة عليها، وينزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، بشكل ضغوطة نفسية شديدة وطأتها عليهم، ومألها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مغلق، وخصوصية المكان تعني سرية ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المتهمين بوصفهم متنبئين، ويركزون اهتمامهم علي بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس علي نسبها إلي من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفترضون ارتكابهم لها، ولا يحفلون بغير نقصي دوافعهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك علي تضليلهم من خلال التقليل من شأن الجريمة التي تسببها إليهم، ويتخذون لذلك طرائق مختلفة من بينها إلقاء اللوم علي ضحية الجريمة، أو علي الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الآمنة، أو الطفولة الهادئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضعون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهدفون بها غير الحصول علي تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقارفوها. فلن أخفقوا في الحصول منهم علي هذه التفاصيل؛ فلن مودتهم الظاهرة تتحول إلي موجة عدوانية يعملون من خلالها علي انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارستهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين يحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرادتهم

(١) Hopt v. Utal, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفصلون ولقعاتها وفق صورتها في أذهان الشرطة الذين يتدعون في أسئلتهم معهم بتدبير كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون على أن تكون أسئلتهم متتابعة حلقاتها، ترفعهم بتقلها، ويتوجهها للحصول على إقرار بالجريمة<sup>(١)</sup>.

فإذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلى صور من الخداع والتحايل والتضليل كأعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويعمدون إلى إخافتهم وإفزازهم، بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملون مع ضعفهم الناجم عن عزلهم عن الاتصال بالآخرين *detention Incommunicado*. بما يقيد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجواء التحقيق غير محض ضرور يواجهها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها<sup>(٢)</sup>.

ولا يتصور في إطار هذه الأجواء التي تحيط بهم، والتي لا يألونها، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العداء، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالاً، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحاطتهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً مغوياً، لا يقل في أثره شأناً، عما يكون من صور القهر مادي.

كلاهما ينال من كرامتهم ويصل لإرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كاملين في أجواء الاحتجاز ومحيطها الخائق. وهو ما يتحضر حملاً على الشهادة بما يدينهم، ويناقض الحق في صون خواص حياتهم، والحق في احترامهم وضمان تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد في ضعفهم، وبين الدولة المهيمنة من جهة أخرى والتي لا يجوز لها في مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامي للدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التي تدعيها، ما لم يكن هذا الدليل ناجماً عن جهدها المشروع، وليس متأتياً من ألواء أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهر إرادتهم يتم بوسائل تخفيها الشرطة، ولا تعلن عنها، لضمان سريتها. فلا يكون احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التي لا يريدون النطق بها، والتي يحملهم عليها -فضلاً عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

(١) *Ziang Sun Wan v. United States*, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).

(٢) *Mc Nabb v. United States*, 318 U.S. 332, 343 (1943); *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449, 452 - 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهبين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهدفين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، ييثون الاطمئنان في نفوسهم، ويعيئونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بخير ما يريدون.

### المطلب الخامس

#### حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتمين بالتالي، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يعتبر شرطاً جوهرياً لاحتواء مخاوفهم. ويشترط أن يقرن هذا التحذير -مواده أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإقناعهم أن ما ينطوقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

#### وهو ما ينبيههم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختاروا النطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم في ألا يقرأوا بالجريمة، يخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، فإذا أصر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوها إذا كانوا قد بدعوا فيها، فإن أية أقوال يبدلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر واقعة في إطار أوضاع الاحتجاز بقسوتها وضغوطها -In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالي التحويل عليها. إذ يفترض صدورها في إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيها *Constrained choice*. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم في ألا يبدلوا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متهاكاً<sup>(١)</sup>، وإنما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور وفق شروط ضيقة لها من شذتها ما ينفي النزول عنها بخير دليل قطعي.

ولا يجوز بالتالي القول بنزول المشبوه عن الحق في حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه آثر مختاراً، ومدركاً، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلاً قوياً

(١) *Culombe v. connecticut*, 367 U.S. 568 (1961) at 602.



على أنه لم ينزل عن الحق في ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافاً كاملاً ومباشراً بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي يدلي الشخص بها قهراً ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة ينسبها المقر لنفسه In-culpatory Statement وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره<sup>(١)</sup> Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيراً ما يتخذ دليلاً على عدم صدق الأقوال التي أدلى بها، وأن إلقاء التهمة على غيره لا يتوخي غير نفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

### المطلب السادس

#### التحقيق في مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص في أحد مخلفات الشرطة أو في غير ذلك من الأماكن التي تنقيد فيها حريته الشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر. ذلك أن كل تحقيق في مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصاصي للدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تنقيبياً على أي وجه أو في أية صورة. فالإقرار بالجريمة في مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقرر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً؛ إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة بأكثر قدر من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حريته أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتائج تهديد صدر عن أحد القائمين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه في الحرية، ومخاوفه من تعقيدها. فلا تنهياً بالأجواء التي يتم التحقيق فيها في هاتين الحالتين، الظروف المواتية التي يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما يفعل، ومدركاً لدالة إقراره بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

(١) لم تتطور في الولايات المتحدة الأمريكية القاعدة التي تمنع قبول اعتراف المكره في المحكمة قبل القرن الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات الناجمة عن التعذيب

J. Wigmore, A treatise on the anglo- american system of evidence § 23 (3d ed) 1940.

(٢) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبر ذلك تعطيلًا لدور رجال تنفيذ لقانون في مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصول على المعلومات اللازمة في شأن الجريمة التي يحقونها إما من مسرح الجريمة ذاتها، ومن الظروف التي تلاعبها؛ وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين في ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلى ضوء المفاهيم المتقدم بينها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay في تقديم المشبوه لطاير العرض بعد القبض عليه<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن التحقيق في مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضرورياً لتحديد ظروف الجريمة ومركبها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم في ظروف تعطل إرادة الاختيار عنده، فلا يفاضل واعيا بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه بنفسه. وما الإقرار بالجريمة إلا حالة عقلية يتعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه. وهو إكراه يفرض في حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تخذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وسائل تكنيكية تحقق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون استنفاثهم التي يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا تقتطع فيها، وهو في أيديهم بخوف من بطشهم به إذا ظل صامتا، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتعين في هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن النصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا يبلي ببيان أو يرد على سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها، لا يناقض حكم لقانون. ذلك أن المحامين لا يؤخون غير تأمين مصالح موكلهم وفق علمهم، ويأقضي ما تأنن به قدراتهم<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن ما هو محظور على رجال الشرطة أن يتخذوه قبل المقبوض عليه أثناء تقييد حريته، ليس فقط تلك الأسئلة الصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

(١) Upshaw v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التي يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكونجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

(٢) ومن بين وسائل الإقناع هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلى المشتبه في قتله لفتاة بعد خلفها، والتي لم يشعر على أنكر لجنتها، أن حكم الدين يقتضي أن تكفن هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تنظر جثتها في المراة نهبا للطيور الجارحة تكفنها. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم صديق للفتاة، وأنه تمسك بعدم الحديث في غير حضور محاميه، فإن توجيه الحديث إليه على النحو المتقدم لاستئثار مشاعره الدينية، يعتبر من وسائل الإقناع غير المسموح بها. فإذا أرشدهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلا ضده.

إرادته إلى حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإقناع المختلفة التي يرمون بها إلى انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخائق Custodial Setting، ولو لم ترق إلى حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإقناع هذه، لها قدر من التأثير على إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يبشرونها في مواجهة المشبوه، كلما كان ينبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، ولما كانت نواياهم بشأنها<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط بالشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله على أن يقر بجريمة ما كان لو شهد بارتكابها في ظروف مختلفة؛ لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متولداً مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حواراً ودياً بينهما يقوم على اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تواجدهما معا بعيداً عن سطوة الشرطة وقسوتها، يبدد مخاوفهما. فإذا أقر أحدهما لثانيهما بالجريمة التي ارتكبتها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلاً ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخرى<sup>(٢)</sup>.

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان ليدلي بحديثه عنها إلى الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception، وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخياً بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإقناع.

### المطلب السابع

#### جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- على أن القيود المتقدمة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال على أن ظروفها ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الاضرار بالمصلحة العامة Public Safety.

ويقتض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها الشرطة إلى المقبوض عليهم من المشبوهين.

(١) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1920).

(٢) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يدلون بها يجوز أن تؤخذ دليلاً عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول على عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان هدفها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه؛ ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تعلم الشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توفيقاً للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تربو فائدتها على مصلحة المقبوض عليهم في ألا يدلوا بأنفسهم بشهادة قد تدينهم<sup>(١)</sup>.

وقد انتقد بعض القضاء تقرير هذا الاستثناء، وقرروا أن الأقوال التي ينلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية في الأثر لأقوالهم التي يدلون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم في الحاليتين بالمخالفة للمستور. ويتعين أن يطبق في شأنها حكم المستور، وإبطالها بالتالي لانتطافها على حمل المشبوهين على الإقرار بما لا يريدون<sup>(٢)</sup>.

The privilege against self-incrimination.

### المطلب الثامن

#### الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي ينلي بهاد قد تؤخذ دليلاً ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل على عون محام إن أراد، لا يتوخى غير تبديد مظنة قهره على الشهادة التي قد يدان بسببها. فإن لم يتم تحذيره على النحو المتقدم، قام افتراض القهر على أداء هذه الشهادة، ويطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

(١) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٢) انظر في الرأي المخالف لقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل القضاة مارشال وستيفنس، ويرينان.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغفل رجال الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقا للدستور. ذلك أنه بينما يبطل كل دليل تأتي من الأقوال التي أُلقي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، يخوله أن يقر بالجريمة أو ألا يقر بها دون ما ضغط أو إكراه من القائمين بالتحقيق. فإذا اختار أن يقر بالجريمة في غير حضور محاميه، تبين أن يكون هذا الإقرار إدرايا وقاطعاً في دلالته، ومنطوياً كذلك علي اختياره إسقاط حقه في الحصول علي مشورة محام يعينه علي أمره، ويوجهه إلي الطريق الأفضل لدعم موقفه<sup>(١)</sup>.

### المطلب التاسع

#### آثار التحصل غير المشروع علي الدليل

٨١٠- وكلما تم التحصل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أُلقي للشهود الذين أُلقي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلاً باطلاً. فضلاً عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخويفهم من الشهادة وحملهم علي الدخول عنها لاحتمال تعارضها رلو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع ولمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يملكون بها، موطنًا لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المثل أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأدلة النافية لجريمة المتهم. فلا تبدو الحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أُلقي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن تبذل النيابة جهودها لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو المعقدة، التي قد يجيبون عنها زوراً بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير عواقبها.

وأخيراً فإن الشهادة الزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار نواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إصلاً لأثره بالمخالفة للدستور.

وإذا قيل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعتد بها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأدلة التي يجوز

(١) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولها، وتلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها  
للمستور.<sup>(١)</sup>

---

(١) James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

## الفصل السابع

### المحاكمة الجنائية المنصفة

#### المبحث الأول

#### التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة على إيقاع المنبئين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتفيا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية المنهجية التي تطبقها للعثور على بصماتهم وتحليل دمائهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كدأة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهوا عليها، وملامح وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه التدابير جميعها -وأغلبها من طبيعة علمية- مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض على الجناة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام للقائمين على تنفيذ القانون بالتالي غير رصد المشبوهين وتعبقهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصياتهم، من خلال تدابير علمية يتخذونها، كتحليل دمائهم في مسرح الجريمة ولواتهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفعها وضبط ألقنتهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعتها لأطراف ضحيتهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مذاقنتها وحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة لأوثاقها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لعدد غير قليل من المعنيين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، وللمحامين مولجتها بصورة جادة بعد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلى المثول مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون التذليل على عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم هذه التحاليل، ويطلبون منهم إيداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شكوكا خطيرة حول صحتها، لم يجوز الاعتماد على نتيجتها.

ولا كذلك المرحلة الحرجة السابقة على المحاكمة والتي تقوم على رصد المشبوهين الذين يعتقد بإسهامهم في الجريمة -في طابور عرض Identification Parade. مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعى ارتكابها حتى إذا ابصر شهود عيانها لأولاد هذا الطابور lineup. وكان من بينهم من رأوه على مسرحها، عرفوه إما لكلمة نطق بها، أو لطريقة مشي أخصص بها، أو لملامح قاسية ظهر بها على مسرح الجريمة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك:

Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

وتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور العرض، أن ضحية الجريمة -وعلى الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدا الوحيد، فيحدد مندفعاً وبصورة خاطئة، وعلى ضوء ثورة غضبه، أو لتهور يتسم به، شخصاً معيناً باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء على أن تحديد شخصية المتهنيين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائماً عملاً محفوظاً بالمخاطر، وكثيراً ما أساء إلى العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء أتهموا ظلماً في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق التقيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائيتها. وقد يتوهمون أشياء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، ويروونهم لمرتكبها أولاً وهم كاذبون. وقد ينسبونها تحالفاً إلى من يغيثون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا اعتُبت ملاحظة أو كلمة أو إشارة موجية. فلا يختار شهود هذا العرض غير الشخص الموحى إليهم به -ولو كان بريئاً- ليمساق إلى المحكمة بعدئذ بوصفه متهماً، وعلى الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً في الجريمة.

وتدل التجربة على أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأ في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعداده تكون سرا مغلقاً. ويتخذ على المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يفتوا على الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعينوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء واحدة في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يقدّر الشهود، مخاطر تعرفهم على الجناة، ولا يفتنون إلى التحيل التي توحى لهم بأشخاصهم. والمشبوهون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها. ولم يدربوا على فهمها وقدّر تأثيرها على هؤلاء الشهود<sup>(١)</sup> Suggestive Influences.

(١) Neil V. Biggers, 409 U.S., 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 - 14 (1977).



٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة على الطريقة التي تم بها إعداد طايفور العرض، أو مواجهتهم منفردين بشهود العيان، غالباً ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلمتهم وكلمة رجال الشرطة الذين تفرض حينئذٍ حرجهم.

ومن ثم يتحدد مصير المتهمين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإنما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان Pretrial Confrontation ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها الشرطية؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان للشهود حصني اللبنة، وكانت للشرطة لم تعد الأمور بحيلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفاً في المرحلة الحرجة السابقة على اتهامهم Past indictment lineup، والتي لفتقوا فيها عون محاميهم، شأن احتجاجهم لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة Critical stage شأن احتجاجهم لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة على محاكمتهم Out- of- Court lineups قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة<sup>(١)</sup>.

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التي يتعين حضور محام فيها، هي التي يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامي إذا لم يقدم في هذه المرحلة، فإن جهده في تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافياً<sup>(٢)</sup>.

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكلهم، وأن يخطروا سلفاً بعزم الشرطة على صفهم مع آخرين في طايفور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطاً لعرضهم على شهود الجريمة، إلا إذا أسقط للمشتبهين حقهم في ذلك بإرائتهم الحرية. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المتهمين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوباً في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يواجهون فيها شهود الجريمة، معطلاً لتنفيذ القانون. ذلك أن وجودهم ينقيها من شوائبها ويكفل حصول النيابة العامة على أدلة للجريمة لم تسرب إليها نقائص نفسها،

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. Colifornia, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) United States v. Ash, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلى العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المشبوهين في طاوور العرض Show-ups الضمانة التي تكفل اتهام المذنبين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طاوور واحد يضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكبا لها، في أن تشخيصهم على هذا النحو، يتوحي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مستولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطاوور، فإن انتقاده للطريقة التي تم بها - وهو لا يعرفها - يكون غير مؤيد بدليل.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكلهم شرطا دستوريا لجواز العرض حتى يتقوا على أسلوبه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة على شهود الجريمة، ما كان منها مقصودا أو غير مقصود؛ وإلا لخلل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها - أثناء المحاكمة - على نتيجة طاوور العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حبل بينهم وبين حضوره، والنظر في كيفيته، ومظاهر التأثير فيه.

ويتوحي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبها موضوعيا، وأن يكون تعريفهم عليهم أثناء المحاكمة قلما على مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طاوور العرض إذا كان معيبا. ويدخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد توافرت لديه فعلا، فرصة للبصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتباه الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدى دقته في وصفه لملاحقه؛ وقدر ثقته من الجاني وقت تعريفه عليه في الطاوور؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه التقاض بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاهها المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جنتها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديد هؤلاء الجناة قبل صفهم في طاوور العرض، قد تم بعد عرض صورهم على شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخذوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التي تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التي أحاطت بالتعرف على المشبوه لها من وقعها ما يرجح تبنيها أو تطرق الخلل

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهريّة *A Substantial likelihood of misidentification*، تعين عدم الاعتماد عليها<sup>(١)</sup> وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قلتماً على صور من الإحياء بعثتها الشرطة في الشهود، وجهتهم بها وجهة بذلتها لتعهم بأن شخصاً معيناً هو من أتى الجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكلهم لم يعد مقصوراً على تقديم العون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود الشرطة المنظمة التي تعزز معها الفصل بين ما يعتبر واقعاً وما يدخل في مسائل القانون<sup>(٢)</sup>.

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجناة الذين صنفهم الشرطة مع غيرهم في طاوور عرض، يعتبر عملاً مخالفاً للمستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطاوور في غير حضور محاميهم.

وإذ يحدد شهود الجريمة من قارنوها على النحو المتقدم، فإن تعيينهم لمرتكبها يكون ثمرة إجراء باطل. ويلحق هذا الإعلان كذلك تعرفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل على أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتيجة العرض الباطل. وهي بعد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقط على كل طاوور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير ممثلين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه، وبين شاهد عيان الجريمة.

A face to face encounter between the witness and the suspect.

٨١٤- على أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيهم أحياناً عرض المشتبه فيه -وقبل حضور محاميه- على من شاهد الجريمة. فلو أن شخصاً طعن سيده طعنة نافذة في صدرها مما اضطرها إلى إجراء عملية خطيرة ألحقتها في المستشفى، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، وتحسباً لوفاء المجني عليها قبل عرضها على المشتبه فيه، قد اصطحبوه إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها على ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طعنها، ثم شهد رجل الشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها على المشتبه فيه، يكون موافقاً للمستور بالنظر إلى الأوضاع الملحة التي

(١) Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972).

(٢) ولا يكفى بالتالي أن يقف المتهم مع محاميه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة من الاتهام رسمياً أو غير رسمي، داخل المحكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤدياً إلى الإضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تعتبر المحاكمة كذلك إذا أنشِر المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون Mere formality.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي أبصر الجاني، ولأنه ما كان يوسعها أن تعان الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلى خطورة إصابتها التي قد تلقى حتفها بسببها، فلا تصل الشرطة قط إلى الجاني إذا لم تسمع فوراً أقوالها في المستشفى<sup>(١)</sup>.

---

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثانيالإفراج قبل المحاكمةPretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة بترتيب تحتها إطلاق الشرطة لسراحهم فوراً إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها تافهة. فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطيرة، وكان قرار الاتهام قد صدر، فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقومونها بإطلاق سراحهم حتى الفصل نهائياً في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان تكبيراً وقائياً Preventive detention خوفاً من احتمال عبثهم بأدلة الجريمة، أو التأثير في شهودها، أو بالنظر إلى خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكبتهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بذواتهم يعد هؤلاء المجرمون إلى تصفية حساباتهم معهم لضغائن قديمة، أو لوشايتهم بهم أو انقلاباً عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة-حال انتفاء مخاطره- مشروطاً أصلاً بإمكان تقديمهم نأماً يكفل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أدبوا بالجريمة<sup>(١)</sup>. ويعتبر هذا التأمين -مع جواز مصادرتة حال الإخلال بشروطه- ضماناً إضافياً لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التأمين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثلهم أمام المحكمة التي تستدعيهم وتنفيذ العقوبة التي تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولاً متوخياً تعجيز المتهم عن دفعها، ومخالفاً للدستور بالتالي Excessive bail. وعلى المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغها منظوراً في ذلك إلى كل حالة على حدة<sup>(٢)</sup>.

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلى تصاعد عدد الجرائم التي يرتكبوها بعد إطلاق سراحهم، وحتى لا تخرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كانوا يمثلون خطراً حقيقياً على آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلى ضوء هذه الشروط لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حسباً احتياطياً أو وقائياً، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بعدئذ رجحان فرارهم من قبضتها فيما

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951).

وليس هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقني في الحرية قبل الإدانة، يكفل الحق في الدفاع غير المعاق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة قبل الإدانة، فإن افتراض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من النضال، يتبدد معناه.

(٢) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

لو أفرج عنهم، أو أن خطرا داهما قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجراء بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطيا يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلى جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإفراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يعزز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإفراج عنهم، سواء بالنظر إلى خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تكون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيدا بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلى سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبها الجناة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، وماضيهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، واطر الإصرار على اللوغ فيها. وعلى ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإفراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطيا.

وبمراعاة أن حق المتهمين في الحرية قبل إدانتهم، مؤداة لاستصحابهم الأصل فيهم، وهو الافتراض برائتهم<sup>(١)</sup>.

فإذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافيا مفتوحا. لذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم على ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلا لجريمة أيا كان نوعها، وأن مصائر الناس لا تحدها غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية، إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة إلى شروط الإفراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد على ضوئها في صورة منطقية، قواعد الإفراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة يكفل حماية الأشخاص في حرياتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتأتيان من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية *Substantive due process* تمنعها من التدخل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم على نحو يصادم الضمير العام، أو يخل بالحقوق المتدرجة ضمنا في إطار الحرية المنظمة.

(١) Stack v. Boyle. 342 U.S. 1 (1951)

وثانيتها من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السلمية.

بما مؤداه أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تنال بحاجة إلى متطلباتها الإجرائية Procedural due process كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولا ما لم يتم بطريقة منصفة In a fair manner. وغير صحيح ما يقال من أن الشروط الضيقة للإجراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تنالض الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الموضوعية بالنظر إلى انطوائها على عقوبة تفرض عليهم قبل إدانتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإجراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا. فضلا عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة على قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة التنظيمية أو العقابية لشروط الإجراج على ضوء ما عناه المشرع بها وتوخاه منها. فكما قام الدليل على أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظيم يتوحي أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعدئذ فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها<sup>(١)</sup>.

٨١٧- والبين من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإجراج عن المتهمين، أنها لا تتمحض عقابا للخطرين منهم. وإنما توحي المشرع درء المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل كذلك ألا يصدر للقرار بحبسهم احتياطيا إلا في الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار في المواد المخدرة أو الخطرة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يزج بهؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

(١) أخذ الحق في الكفالة للإجراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا ينشأ هذا الحق وجوب الإجراج بكفالة في جميع الصور، ولكن فقط الحق في عدم المغالبة في الكفالة في الأحوال التي يكون من الملائم منحها.

٨١٨- ويتعين في كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطي محدودة، فلا يستطيل زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعياً - واقعاً في حدود معقولة - بغير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإقراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل القانونية السلمية في جوائبها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحسبهم احتياطياً قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها. ذلك أن السلطة توسعها في بعض الأوضاع، أن تقيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محقة - مشروعة وقاهرة - في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من المبالغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان رجحان إدانهم على جرائم مثلها ضد مجتمعهم بعد الإقراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سبباً معقولاً للتدليل على أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة التي نسبها إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم لخصامية بمعنى الكلمة، وأن تعمل النيابة فوق هذا على إقناع الجهة القضائية المحايدة، بأن الإقراج عنهم يمثل خطراً على أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تروبو على مصلحة الفرد في الحرية، وتتقضي من الدولة أن تبذل جهدها - ومن أجل مكافحة الجريمة - حتى تجرد من يزعمون إليها أو يقدمون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها. ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والعصيان وإيقان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يهبتون بمصالحها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق على المحاكمة، منافياً أصلاً قيم للعدل الفائرة جنورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز للتقريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين الخطرين إلى الجريمة مرة ثانية ولغماسهم فيها إذا ما أفرج عنهم، تنبؤاً مستحيلاً. كذلك انخراطهم مستقبلاً فيها ينبغي أن يكون احتمالاً راجحاً، وألا يقرر بالتالي من فراغ، وإنما على ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة القضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهم محبوساً أو إطلاق سراحه. وتتحقق هذه النظرة المحايدة - وعلى الأخص - كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم. ومواجهة للشهود المناوئين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.



وتفصل الجهة القضائية المجاورة في كل ذلك على ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثل من خطر على الجماعة أو بعض أفرادها، وعلى هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقيم قرارها على عناصر واقعية لها معيها من الأوراق، وأن تؤكد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي تؤازره، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولئن صح القول بأن الكفالة المغالية فيها تتناقض مع الدستور، إلا أن ما يقرره الدستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين الخطرين. وإنما يقتصر حكم الدستور على أمر الجهة القضائية المجاورة ألا تفرض هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلى ملامة التقتله- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كافة ظروفهم، وعلى تبين أوضاع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استفعال آثارها، أو نداعي نتائجها<sup>(١)</sup>.

٨٢١- ويتعين بالتالي ألا تتفقت مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلى المحكمة لتفصل على وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فوراً عنهم إذا كان احتجازهم مخالفاً للدستور أو القانون، وإلا جاز الطعن على قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتتناهض المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها على نحو يتسم بالمبالاة Excessive length of pre-trial detention، وترأها مخالفة للنص الفقرة ٣/ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد على ضوء حقيقة الأوضاع التي تتصل به، والتي لا يندرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعدد الفصل في ثبوتها أو انتفاؤها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً على بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين التعاون معها. وإنما يجب الفصل في أمر الإفراج عن المتهم على ضوء كافة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقياً أو تافهاً.

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك علي السلطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإفراج عن المحتجزين لديها علي ضوء قصلة الجوهرية التي تربط تقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ أخذة في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براءتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإفراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوماً أن يكون قابلاً للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإفراج موافقاً أو مخالفاً للفقرة ٣ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

(١) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534\* -Yağci and Sargin v.Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٧-٩ من مجلة للقانون لحقوق الإنسان  
Human Rights Law Journal.

### المبحث الثالث

#### قرار الاتهام

٨٢٢- يعتبر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص معين بارتكابه للجريمة التي حدثتها، تعبيراً عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدّد علي ضوئها من تتهمه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها آخذة في اعتبارها ما إذا كانت الأدلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والفنية والعلمية توصلاً لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام مؤداه، انتقاء أسس أخرى لدعم تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يرتكز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه علي سلطتها التقديرية الحريضة. وهي في ذلك تنفذ السياسة التي ترتبها كاطلة تحقيق أغراض النظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين علي مصلحة الجماعة للحريص علي صون حرمتها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقى معارضة جدية من الآخرين، وأن المعارضين لقرارها كثيراً ما يخفون في احتجاجهم عليه، إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتقائها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين أصليين في جريمة تماثلها، وكأن تقصر اتهامها علي بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقاً كفلها الدستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتجاهاتهم المناوئة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مخالفاً للدستور إذا كان انتقائياً، أو منطوياً علي الإخلال بحقوق أساسية كفلها الدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مغفلاً بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه أياً كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام أو عدم توجيهه، فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتماثلة مراكزهم القانونية من خلال انتقاء بعضهم لتقديمهم إلي المحاكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحماية القانونية المتكافئة التي ترفض المغايرة في المعاملة القانونية بناء علي اعتبار ينطق بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التمييز للقائم علي التحكم.

ويبطل بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعثها التفریق بين الأوضاع الممتائلة.

٨٢٣- ويتعبير آخر، كلما كان قرار الاتهام صارفا في حدود السلطة للقانونية للنيابة، وخلافا للشرعية الدستورية، فإن تعييبه يكون بغير سند. فإذا قام الدليل على أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كفلها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصدر ذلك القرار، بطل القرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة على الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تنسبها إلى متهمها وأدلتها<sup>(١)</sup>. فقد تفاضل النيابة بين جناية وجحة، وتختار الاتهام بالجناية مضارة بالمتهم. وقد تفاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بالكثير من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناده أكثر من جريمة له متهمها النيابة ذاتها بمعينها إلى الانتقام منه، أو دلفا بالغموض القوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذا كان من المقرر قانونا عدم جواز تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويخطلون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يدرك المخاطبون بها حقيقة مضمونها، ولا يخطرون سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهامهم المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان توافر شرط الأخطار في الجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التدخل بين قانونين جنائيين، يدل على أن المشرع لم يحكم صياغتهما، ويجعل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فيها، فلا تتوافر فيها خاصية اليقين التي تنتم بها القوانين الجنائية جميعها<sup>(٢)</sup>. ذلك أن هذه القوانين لا تخطر المخاطبين بها بحقيقة الأفعال التي نهتهم عنها؛ أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملاً Fully descriptive of the offence. ويتبين بالتالي أن بصاغ الاتهام على نحو يحدد للجريمة أركانها ولا يجعل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السليمة الإجرائية<sup>(٣)</sup>.

(١) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876), Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).

(٢) United States v. Carll, 105 U.S. 611 (1882).

(٣) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن التدخل بين قانونين جنائيين لا يفيد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقا لأحكامه، وأن هذا التدخل لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة في خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين<sup>(١)</sup>، مردود بأن تعلق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة واحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، موداه بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

فإذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما؛ وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي يفرضها القانون السابق، فلن يختار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغيا ضمنا للقانون السابق بكافة أحكامه؛ فلا يبقى غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزج الجهة القضائية العقوبة التي يفرضها بموازين الشريعة الدستورية التي تحدد علي ضوئها ما إذا كانت العقوبة التي يفرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تناسبها، أو تجاوز وطأتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن ثقل العقوبة بالنسبة إلى نوع الجريمة التي تتعلق بها، يلغي موافقتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن نباشر النيابة سلطاتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلى شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تريد من قدر العقوبة التي توقعها على المتهم لإشباع هذه الأغراض عينها خاصة إذا كان موقفها في هذا الشأن منهجيا. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية السليمة.

٨٢٦- وإذا جاز للنأيابة في بعض الدول، أن تذكر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التي تتهمم بها، بأنها ستوجه إليهم تهمة جديدة غير التي تضمنها

(١) انظر في ذلك قضية

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

وفي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التدخل من زاوية دستورية. وتضيف إلى ذلك قولها بأن المخطئين بقانونين جنائيين متداخلين، وإن كانوا لا يعرفون سلفا ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلى المحكمة وفقا لهذا القانون أو ذاك؛ إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويفوض المحكمة في انتقاء العقوبة التي يراها -من بينها- أكثر ملاءمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التي نسبها هذا القرار إليهم<sup>(١)</sup>. فإن شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية الدستورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة -وهي لابد أن تكون كذلك لاثباتها على حمل المتهم على الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفاً من نتيجة المحاكمة وقلقاً على مصيره- فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفاً للدستور.

ذلك أن المتهمين الذين يساقون إلى الإقرار بالجريمة على هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التي اتهموا بها. إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا يتكافأ مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تنفعهم إلى الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مولدها التي توجهها -في الأصل- بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧- فإذا دحينا جانباً عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها وسوءاتها، وكان من المقرّر أن للنيابة -قبل توجيه الاتهام بصفة نهائية- أن تعيد النظر في تقديرها المبدئي لحقيقة الأفعال التي ارتكبها المتهم، والتي قد تكون بعض جوانبها خافية عليها وقت هذا التقدير، إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكاً حول حقيقة دوافعها<sup>(٢)</sup>.

(١) قد يقر المتهم بذنبه بدلاً من أن تتولى النيابة العامة بنفسها إثباته Cuijly Plea وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تنتهي إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التي يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه في عملية تفاوض Plea Bargaining مع سلطة الاتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو يسمح له بالإقرار بارتكابه لجريمة عقوبتها أخف. ولكن جاز القول بأنه لا يجوز في النظم الاختصاصي للدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه أقر بتسببه مختاراً، وبإرادة حرة، كان هذا الإقرار موافقاً للدستور في الدول التي تجيز عملية التفاوض هذه.

United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).  
وتتظّر بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامة

وضرورية في مجال إدارة الدالة الجنائية

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

(٢) United States v. Goodwin, 457 U.S. 368 (1982).

المبحث الرابعتقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقدمون إلى المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطان الأكلة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمعتهم تضار بقدر كبير، وتظل عالقة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الأعلام. وهم ينفقون أموالاً ضخمة من أجل الظفر ببراءتهم، ويتحملون لشكلاً من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محاكمتهم، يندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص للنظم الجنائية في تطورها المعاصر، ليس فقط على حماية الأبرياء من مخبة أحكام خاطئة تدينهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالي أن تتولى جهة قضائية محايدة -وعلى الأكل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تتهم، لتقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم، سند من الأوراق يسوغ المضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، للنظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتفصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلى المتهم المائل أمامها.

فكان الجهة للقضائية المشار إليها<sup>(١)</sup> تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يوجه اتهام بغير دليل. بما يقيم هذه الجهة عازلاً بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمده بنوع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تفصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها. أو انقضاها.

(١) تسمى هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بهيئة المظنين الكبرى، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضى التحديد الخامس للسنور الأمريكي، ولكنها غير مطلوبة في الولايات الاعضاء في الاتحاد.

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكتفلها تسرع النيابة في اتهامه، وعلي الأخص كلما كان الدليل علي التهمة غير مقبول قانوناً، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافياً من وجه آخر.

ومن ثم يكون وجود هذه الجهة القضائية التي تحيل المتهم بنفسها إلي المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضماناً حقيقة تؤمن الأبرياء من كل اتهام يتسم بالانقفاع، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالخش، سواء كان المتهم المحتمل فرداً أو أقلية عرقية أو غيرها.

ذلك أن النظم الحقيقية للعدالة الجنائية، يعنيها أن يكون قرار الاتهام قائماً علي أسس من حكم العقل وضوابط من القانون، فلا يكون إلقاء من القوة التي تتسلط بها النيابة علي المتهمين، ولا احتيالا منها علي حكم القانون، ولا موجهها بالضغائن الشخصية - Personal ill will التي يجوز أن تنزلق إليها

ويتعين أن تدير تلك الجهة القضائية - وفي مجال تقديرها لأسس الاتهام - مناقشاتها علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتمل حق إحضار الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلساتها سرية واقعة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية، قائمة علي المواجهة، ومنطوية علي تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاءها، وإنما في ملائمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرحها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانات التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانات دستورية يخل نقضها بشرط للوسائل القانونية السليمة ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنتظر التهمة، فلا يندمجان في جهة واحدة.

بما مؤداه أن ضمانات التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلي المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأصق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستورياً لصونها.

علي أن المحكمة التي تفصل في الاتهام المحال إليها، وإن كان يوسعها دوماً الإفراج عن المتهم إذا تبين لها - ومن ظاهر أدلة الاتهام - تهاويها أو اندلع أساسها؛ إلا أن ضمانات التحقيق المبدئي يسندنا - في الجهة القضائية التي تفصل مبدئياً في جواز إسناد أدلة الاتهام إلي



المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنبه مخاطر السقوط في هاوية القلق، وتشويه سمعته، والتعريض به، والإخلال بفرصه في الحياة للملائمة النقية من شوائبها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بخير محاكمة مطولة يتعدى بها مصير المتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطراباً. وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتي تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائياً في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي يتعين أن تؤخذ في الحسبان.

٨٣٠- ومتى اختار المشرع ضماناً للتحقيق المبني السابقة على إحالة المتهم إلى المحكمة، والتي تتوخى استنكاه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، وتقرير صحتها أو فسادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بحد من القيود أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبني، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويواجه شهود النيابة وأدلتها. ذلك أن مهارة محاميه وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتكليل على خلل في التهمة يتطرق بتخاذل أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يعينهم على مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملامح قصورها، حتى إذا أحيل موكلهم إلى المحكمة بعد للتحقيق المبني، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن براءته. وقد يطلبون طبيباً نفسياً لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبني. وقد لا يقدر المتهمون المحتملون الذين يفتقرون إلى الموارد المالية، حاجتهم إلى محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولي الجهة القضائية القائمة على إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلى المحكمة تحاملاً، ولا أن تحرره من قبضتها الجبراً. وإما حسبها أن يكون قرارها بإحالة إليها منصفاً. وليس وجباً عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

(١) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكما كانت هذه الجهة مكونة من محلفين، فلن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قرناء المتهم المحتمل، فلا يستبعد السود من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منطويا على تمييز يناقض الدستور<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أن هيئة المحلفين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون القواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها الملتوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانوناً<sup>(٢)</sup>.

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، وبصدوره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المحلفين لا يجرون تحقيقاتهم على ضوء القواعد القانونية الفنية. وإنما يكون الإصرار على تطبيقها حقا للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلًا لحكم بالإبراء أو بالإدانة.

(١) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v. United States 355 U.S. 339 (1958).

### الفصل الثامن

### المحاكمة المنصفة

#### المبحث الأول

#### صورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هي الوجه المقابل لضمان الحرية الشخصية ولصون الحق في الملكية التي لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية السليمة التي ترد في جذورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم إما كإن أطرافها، وسواء كان من يباشرها ملكاً أو أميراً أو غيرهما.

وهي بذلك نقوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه انحرفاتها عن أهدافها حتى في المفاهيم المعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أفرع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتداخل مهامها.

ولا يجوز بالتالي للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تفرض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية السليمة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة في شيء.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون آدمية للناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهي بذلك تلو على السلطين التشريعية و التنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التي ينبغي أن تعمل فيها. ويدونها يتعرض الفرد لمخاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شيء بغير قيمة.

٨٣٢- وإذا كان الأصل في الناس جميعهم هو الحرية، وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيته، بذاتها لتجهيل بمضمون القوانين الجزائية، وينقضها كذلك سوفهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيثتها، ما يكفل لحقوقهم التي نص عليها الدستور، الحد الأدنى من متطلباتها، ويتردد تحتها الحق في محاكمة مريمة وعظيمة ومحايدة لها من ضماناتها ما يكفل إصافها، ومن تكامل إجراءاتها ما يفي اختصارها<sup>(١)</sup> Summary Trial.

فلا يدان شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلفيقها أو تزويرها، أو للحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

(١) Barker v. Wingo. 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابه، أو لا تنتج في إثباتها<sup>(١)</sup>؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والصلمية<sup>(٢)</sup>؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كفلها الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها ليدين نفسه بها، ولا إخلالا بالحق في سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم<sup>(٣)</sup>، ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافها؛ ولا بإنكار حق المتهم في النفاذ إلى الوسائل العلمية التي يقتضيها تحقيق دفاع جوهري لأبدام<sup>(٤)</sup>.

ويوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محاكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لعرض موقفهم من الجريمة المدعى بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتخطيطهم لمحاميهم، وإدارتهم للدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم في كل إجراء يؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما مؤداه، أن الأصل في الاتهام الجنائي -بالنظر إلى خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التي تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأدلتها بالقسط. كذلك فإن الأصل في الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أبدانهم من القيود عليها.

(١) Vachon v. New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

(٢) Tot v. United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرائن التحكيمية المناهضة للواقع العلمي في الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

(٣) وبسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هائلة مطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كُنَّ تتدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق في سماع أقوال الشخص المواجه بإجراء ما، الوجه المقابل لحق السلطة في اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل أرقى القيم وأرفعها في مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستطيعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

(٤) يفترض في هذه الوسائل العلمية أن تكون هي الإجراء الوحيد لإظهار براءة. وعندئذ يتعين على الدولة أن تتحمل نفقاتها. فإذا ادعت امرأة نسبة مطلق إلى شخص معين، وكان اختبار الدم هو الإجراء الوحيد الذي يملكه المدعى عليه لدحض قرائن قمتها الأم، ويدل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجري على نفقتها هذا الاختبار.

Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائي لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن تماسكها، ما يبرر تقييد حريتهم للشخصية.<sup>(١)</sup>

ومن ثم تطرح هذه الوسائل في مجموعها، نطاق الحقوق التي يملكونها في مواجهة سلطة الاتهام، والتي تتكافأ بها أسلحتهم معها.

وهي حقوق لا يجوز للنزول عنها، أو التفريط فيها، سواء تعلق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جانحين، أو بمن أصابتهم عامة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -جميعهم متهمون- تتحدد على ضوء ما يعتبر حقاً وعدلاً، ملائماً لأوضاعهم، كافلاً لهم كل ضمانات يقتضيها الفصل في الاتهام إنصافاً.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط الوسائل القانونية يحدد الطريقة التي ينبغي معاملتهم بها في السجون التي أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإفراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تحين القول بأن الوسائل القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد في صرامتها، عن تلك التي يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هي مطلقة في الصورة الأولى Absolute freedom، فلانها مقيدة أو مشروطة في الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق في المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتي ببيانها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>. التي ترد في أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تقضي بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق في أن يفترض برأته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر لها كل ضمانات ضرورية لدفاعه.

وتتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العاشرة من هذا الإعلان، التي تقضي بأن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه.

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكال له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية. ومفترضها في نطاق الإتهام الجنائي، أن يكون هذا الإتهام معرّفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلاً لألتها، وكافة العناصر التي ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل في هذا الإتهام واقعاً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتوافر لها -من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما في ذلك علانية جلساتها- ضمانات استقلالها وحيثتها، والأسس الموضوعية التي تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحكمة المنصفة عن المحكمة غير للقانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إتيان الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط، لصار لغوا أن ينتقد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كذلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور<sup>(١)</sup>.

ومن ثم لم تعط المحكمة الدستورية العليا وزناً لعبارة "المحاكمة للقانونية" الواردة في هذه المادة، وأبدلتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Fair Trial على تقدير أن هذه المحاكمة - بشرائطها المسلم بها في الدول الديمقراطية- هي التي يعيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تكين المحكمة متهما إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التي تنطق بها الأوراق، والتي لها من تماسكها ما يؤيد انتفاء كل شك معقول في مجال الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، وبحول ضماناته نون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحزمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لمسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التي يخافها أن يدان المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التي تكفلها قواعد إجرائية تؤثر في المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، وينتدج تحتها افتراض البراءة كقاعدة أولية توجبها لفطرة، وتقتضيها طبائع الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى في كافة مراحلها لا يتخلف عنها إلى أن

(١) تلخص المادة ٦٧ من دستور مصر على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدلته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ينقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التي قدمتها النيابة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها.

وبغير ذلك لا ينعهم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي أقرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المتهمة، وإنما لترد عن المتهمين، كل شبهة تغتفر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبدئية تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستتبعة على الجدل، واضحة ووضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، وليوفر الأمن لكل فرد من خلالها، في مواجهة التحكم والقسط والتحاميل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية يقيمها بالمعاقاة للمنطق .

خامساً: أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقتزن دائماً من الناحية الدستورية- ولضمان فعاليته -وسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم في مواجهة الشهود الذين قدمتهم النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في نفيها من خلال شهود أو دلائل يطرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك علنية جلساتها، وحيدة قضائتها واستقلالهم، جميعها فرائض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التي يملكها المتهم في إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم في مواجهة الاتهام الجنائي، لا تنحصر في تلك التي حددتها؛ ولا في أصل البراءة كقاعدة توجيهها للفترة، ويستحيل ههنا بغير حكم صار باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -وكشرط لتحقيق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوق تكامل معها وتتمها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوافر للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها الأدنى<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

---

(١) انظر في ذلك "مستورية عليا" للقضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - ص ١٥٤ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٢- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.



المبحث الثانيالحق في محاكمة سريعةThe Right to a speedy TrialLe droit d'être jugé dans un délai raisonnable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة<sup>(١)</sup>. وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز معها لمسلطة الاتهام أن تؤجل بغير مبرر معقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه<sup>(٢)</sup> ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتقار العام، وقد يحرمه من فرص العمل. وهو يعوق كذلك مباشرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام في العمل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام معلقاً آماداً طويلة، فنتابه القلق وصار مضطرباً، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق الوهن إلى ذلكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط في ألا يبقى قبل المحاكمة مهددة حرية بغير مبرر، وإنما يتخيا كذلك للتقليل من المخاطر التي تنجم عن بطء المحاكمة بصورة ملحوظة، تندثر معها آثار الجريمة، وتتضائل بسببها فرص النفاذ الملايس لظروفها، ويزداد معها عدد القضايا التي تأخر الفصل فيها بغير مطلق بما يضر بالقواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق ولقاعا في نطاق الحقوق التي تتوحي معاملة المتهمين إنصافاً وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه علي مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تقلضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيراً ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائياً في الاتهام، بما يخولهم الولوغ في جرائم أشد في وطأتها وأشدح في نتائجها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

(١) أخذ هذا الحق من نص في وثيقة الماجنا كارتا Magna Carta . وقد ورد كذلك في إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التعديل السادس للدستور الأمريكي.

(٢) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les éditions Wilson et Lafleur, 1982, p.462; Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عملية إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً واجتماعياً.

إذاً لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزاً في السجون التي تتكدس بنزلاتها ويعايشون جميعهم ظروفًا صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلى الأوضاع التي يتفلسفونها والتي لا يعودون بسببها إلى الحياة أسوياء.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يتريصون الفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تتلقاها الدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لإدارة السجون، أو على صعيد الإعالة التي تقدمها بعض النظم لأسر المتهمين الذين حرما من عائلهم الملقى وراء القضبان<sup>(١)</sup>.

وتظهر كذلك فروق المغفرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يعمل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيراً ما يناوون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تفقد النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى يصيبهم وهن في ذكارتهم *Défaillance de la mémoire des témoins* بالنظر إلى طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها، خاصة وأن النيابة هي التي عليها إثباتها.

وإذا كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحاميين عنهم أو حملهم على الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضراراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق في محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص للدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلى تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط اللتمة. وتلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح المجرمين، ولو كانوا من عتقهم.

وعلى ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

(١) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

أولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، موداه توقيتها بزمان محدود، لا إطلاق إجراءاتها بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون المتهم قد طلبها كشرط للقول بمجاوزة مدتها حدود الاعتقال، فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولاً اختياريًا عنها، وإن تعين للقول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا تقتض، وأن علي المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيراً ما يضار من المحاكمة التي يستطيل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطياً مدة طويلة قبل بدئها<sup>(١)</sup>.

٨٣٦- ويتعين دوماً أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوباً بالفوض، بالنظر إلى تعذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تجاوزها المحاكمة، إلا أن ضمان المحاكمة السريعة، يظل للتراما علي النيابة علي تقدير أن مصلحة الجماعة يخل بها كل محاكمة لا تتضبط مدتها في حدود منطقية.

وفي مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان محامي المتهم قد طلب وقتاً إضافياً لإعداد دفاعه، وما إذا كان قد نبه موكله إلى حقه في الاعتراض علي المحاكمة التي استطل أجلاً، وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير محام؛ وما إذا كان اعتراض المتهم علي طول إجراءاتها، قد قرع سمعها علي وجه الجزم؛ أم أن هذا الاعتراض كان شكلياً *Pro forma objection*. ويتعين علي النيابة أن تقيم الدليل بنفسها علي أن نزول المتهم عن الاعتراض علي طول محاكمته، كان إرادياً، فاقم علي العلم بالحق في محاكمة سريعة، وبإبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المتفردة، سواء في مجال تحديد زمنها، أو علي ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تنشئ بها إذا كان المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمتك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها في الزمان مقصوداً أو عدوانياً *Purposeful or aggressive* وأن ينظر إلى سلوك كل من النيابة والمتهم بشأنها علي ضوء كل حالة علي حدة *An ad hoc basis*. فلا نقرر أن المتهم، قد حرم من الحق في محاكمة سريعة إلا علي ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وسببها، ودرجة إصرار المتهم علي هذا الحق، وقدر ما أصابه من ضرر من جراء إهداره. وليس من المفترض أن يقيم المتهم الدليل علي وقوع هذا الضرر.

(١) *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hooey*, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توافر العوامل الأخرى التي ندخلها في ميزان ضمان أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، على أن يكون مفهوماً أن المدة الطويلة بالنسبة إلى جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد النيابة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلى فعل للنياية بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فإن إهمال المحكمة للفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكس القضايا المنظورة أمامها، لا يعتبر عذراً يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبرراً معقولاً لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحاً. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم على الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن تراخيه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دليلاً بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل في احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو في تعميق قلقه على مصيره، أو في عرقلة جهود الدفاع؛ وعلى الأخص ما تعلق منها بعجزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاتهم أثناء محاكمته التي استطلت زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق الوهن إلى ذاكرة شهوده، وصاروا غير قادرين على استعادة وقعة قديمة، ووصفها بالدقة الكافية<sup>(١)</sup>.

ويظل لفترة احتجاز المتهم السابقة على تقديمه إلى المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمناً ضائعاً Dead Time لا يستطع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وتلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضي ببراءته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها على حريته، ومظاهر العداء التي تحيط به، وصور القنور التي تجابهه على امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاميلته باعتباره من المنحرفين لاجتماعياً؛ جميعها موم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائماً أن ينظر إلى الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير توافر هذا الحق أو تخلفه، إلى كافة العوامل ذات

(١) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

الصلة؛ كطول الفترة المنقضية بين القبض والمحكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوفر لديها الأدلة التي تدين المتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القائلون يلزمها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق للخلل إليها من جراء الإسراع فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوثق من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة<sup>(١)</sup>.

٨٤٠- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً في كل محاكمة جنائية. وهو يقيد في الدول الفيدرالية سلطتها الاتحادية ولاياتها. وهو أصل في كل محاكمة منصفة، وضرورة يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائي معلقاً بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهماً، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون منهياً للخصومة الجنائية، فاصلاً في موضوعها.

ذلك أن إجراء الفصل في هذا الاتهام آماداً طويلة بغير مسوغ، مؤداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر الاتهام المشين للسمعة<sup>(٢)</sup> وإلى أن ينتهيه القلق ويحصره إزاء اتهام مسلط على مصيره ربحاً طويلاً من الزمن. مع رجحان اختفاء شهوده، وتعذر الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق للخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل وقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بألية عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع الخصومة الجنائية، وظروفها التي تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعدّد عناصرها؛ وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة في موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجحاً؛ وما إذا كان لإجرائها واقعاً في حدود منطقية يدخل في تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق السراح، أو مقيدة حريته.

(١) United States, v. Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

(٢) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

ثالثاً: ومما يخل بالحق في سرعة المحاكمة، للتدخل فيها بقصد تسويقها Purposeful. وكذلك كلما كان تعويقها، ملتوياً قائماً على الخداع والختال Oppressive بقصد إرهاب المتهم بإجراءاتها. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان إرجاء الفصل في الاتهام، مبنياً أضراراً وإهية أو مفتعلة بكنبها ووقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيمها على الحق. وكان منطقياً بالتالي، أن يفترض في كل محاكمة تستطيل إجراءاتها؛ إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التي يملكها وفقاً للدستور، وأن تكون النيابة العامة هي المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول<sup>(١)</sup>.

رابعاً: ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق في محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل في الاتهام لعذر أبده، أو موافقته ضمناً على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان يوسعه الاعتراض عليه، لو كان منافعاً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالي أن يتمسك بسرعة محاكمته. فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطئها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بترأخها، إلا أن على القاضي أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طواعية عن الحق في محاكمة سريعة.

ذلك أن النزول عن الحقوق جميعها - على الأخص تلك التي يكفلها الدستور - لا يؤخذ تعاملاً، ولا يصار إليه افتحالاً. بل يتعين في هذا النزول - أن يكون واضحاً، ومقصوداً، وما للنزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل للتأويل.

خامساً: ومواء تعلق تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، بترأخي النيابة العامة في عرض أدلتها؛ أو بتقصيرها في مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويقها في تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التي تدعيها؛ أم كان تأخير الفصل في هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إيقاعها الاتهام معلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فإن التأخير في هذه الصور جميعها، يعتبر مثلاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم المحاكمة ذاتها بالبطلان.

سادساً: ويتعين في كل حال ألا يكون تأخير الفصل في الاتهام عرضياً. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعدها، أو تنوع أدلتها، أو

(١) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التي تحفظ بها المستير لمواطنيها. وقد تدخل الكونجرس الأمريكي بقانون لتنفيذ هذا الحق المقرر في التعديل السادس للدستور الأمريكي

طبيعة الخبرة العملية التي نديتها المحكمة لتعينها برأيها على فحص العناصر الفنية في الجريمة، أو لتحويل مسرحها، أو لحل عقبتها، أو لإظهار مزيد من أدلتها التي حاول الجناة إخفاءها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل في الاتهام كان مقصوداً، إذ هو واثق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها في كافة ظروفها، وما أحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكلما تراخى الفصل في الاتهام الجنائي بغير مسوغ، ودل هذا التراخي على إعراض المحكمة عن واجبها في الفصل في الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة - على الأخص إذا قام الدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون للتهمة أو ينفونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول - وجب عليها الإفراج فوراً عن المتهم. ولا يجوز بعد هذا الإفراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يماثل في أثره اختلال مدتها دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما ينقض الدستور إذا أخل بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المنصفة ولا المتراخية، مطلوبة. وإنما اعتدال مدتها هو الضمان لإتصافها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد النيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يولجها بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون الكفائن متوازيتين في الحقوق التي تدار العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضراً وصرامة<sup>(٢)</sup>.

(١) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

(٢) لاحظ أن الحق في محاكمة سريعة لا ينشط إلا إذا اتهم الشخص جنائياً، United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضاء دوجلاس ومرشال ويرنان خالفوا ذلك قائلين بأن الحق في

محاكمة سريعة ينطبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بنفس

النطاق على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post-indictment delays.

### المبحث الثالث

#### الحق في محاكمة علنية

#### The Right to a Public Trial

#### Le droit à un procès public

٨٤١- تتوخى هذه العلانية أن تدير المحكمة جلساتها، وتباشر إجراءاتها، وتتخذ التدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعاتها بقدر اتساعها، ويراقبون قضائياتها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلى هيئة المطفين، وتطابق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقوقي التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، ويوجه عام الكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام<sup>(١)</sup>.

٨٤٢- ومن شأن علانية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهماء تقتسمهم العين وتزدرهم، ولا يؤثر الوجهاء بها تبيجلاً لهم وتوقيراً لمكانتهم<sup>(٢)</sup>.

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علانية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، حق في النفاذ إلى جلساتها لنقل ما يدور فيها إلى القراء أو الناظرين، خاصة على ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلى القبول بآرائها دون تقييم لها.

فقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرد على القيم الاجتماعية. وكثيراً ما تظهر الجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقية، وبقدر كبير من الإثارة والتهويل. واهتمامها بضحايا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعتمد أحياناً إلى تحطيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بواقعتهم القاتم. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شؤم يحدد مصائرهم سلفاً، ويعطي الانطباع بأنهم من غلة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تبلور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوانبها.

فإذا كان المتهم معروفاً من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلى جرائم خطيرة سابقة ارتكبها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لمسيرته يركز على جوانبها التي تنثر

(١) يرتد هذا الحق إلى القانون العام في إنجلترا. ومن الناحية التقليدية، فإن الاتجاه العام في النظم الأنجلو-سكسونية هو النظر براتب واحتظار إلى المحاكمات القسرية التي درجت عليها النظم الأسبانية التتقيية Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

(٢) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).



حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها للجريمة الجديدة وعرضها لها غير نيران تزججها، وتثير بها نعمة من يقرعون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها وجناتها، خاصة بعد وصفها الجناة بالدهاء والتحايل وبالقدرة على التوصل من مسؤوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعاتها على آخرين.

وقد تردد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا على سوء خلقه وعتو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه، ومجرد شكلية فارغ مضمونها. A hollow formality بعد أن أصدر الفوغاء حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذ تدن المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء على أدلة ناقشنا ومحصلتها- وإنما على ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلى أذهان المحلفين ملبدة بها الطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فإن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل القانونية السليمة التي تأبى أن تكون مصائر الناس معلقة على غير أفعالها، ولا تدن متهما بناء على صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المزعى ارتكابها لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدبين عنها أو لم يقد دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يوائم تشكيلها للفرائض الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تناقش أدلتها وتديرها على حكم العقل. وإنما حسبها أن تحي جانبها عن ذهنها كل انطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يفيد فهمها لها وتعمق حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه التلkil على أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدائته، ما صدر عنها إلا على ضوء الأفكار السابقة التي تلقنها عن الجريمة، مما حور من عقيدتها، وألهمها هذا القرار<sup>(١)</sup>.

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخى بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاء والمحلفون اهتمامهم على واقعة الاتهام وأدلتها، وأن تدار العدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا ولجها في نقل كل واقعة

(١) Murphy v. Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلى الناس كافة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم علي حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض علي الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظراً كاملاً يمنعها به من عرض كل واقعة تناولتها النيابة أو الدفاع، ولأن تنقلها إلى كافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية للعرضة الاتساع، لها مخاطرها علي هيئة المحلفين وكذلك علي قضاء الجريمة، وأنها تحمل في ثناياها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة علي ضوء لطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تنتظر المحكمة إليها بعين بقطعة، وأن تتفحصها بكل قوة لضمان حق كل منهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا علي أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي للخطر المطلق علي التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلى أثرها علي المحلفين والقضاة الذين صاروا بسببها موجبين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استتارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلى وحشيته أو إلى دنايتها وانصطاطها خلقياً واجتماعياً. ويظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التكليل علي أثرها علي القضاء والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل علي التغطية الإعلامية، ما لم يرق الدليل علي أنها في كل أحوالها، وكلفة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، وأنها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعاً عن النظر إلى الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيادة التي يتعين أن يتحلي القضاة والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تنبئ اختتاماً عريضاً بين الناس، خاصة بعد تطور وسائل الإعلام علي نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهرق، وبطريقة منكتمة، فلا تزحم جلسات المحكمة برجال الصحافة وأدواتهم التي كانوا يشتمون بها من قبل انتباه شهود الجريمة، والقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرم المحاكم جميعها، علي الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة -من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمقتون الأضواء، ويصيبهم التوتر أو الفزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعها، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحقيقها، يكون واجباً.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلسات، وأن تعطيلها حقها من التحليل، لتحذ من المخاطر التي يتوقعها أو لتتجنبها. إذ ليس ثمة دليل قطعي على أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيثتها. ويتعين بالتالي النظر في كل حالة على حدة على ضوء حقيقة يفرضها الدستور، حاصلها أن الجو المحيط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرفها عن حيثتها، ولا أن يخل بانتباهها ويقطعها، وأن للتغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تتنافس الوسائل القانونية السليمة، ولا تغل بالضرورة بمطلباتها<sup>(١)</sup>.

وينبغي من ثم النظر إلى الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقاً لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن نسلّم كذلك بأن وجود الصحافة والمرقبين المحايدين الذين يلحظون أو ينقلون ما يدور في جلسات، يكتل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها؛ وأن حق المتهم في محاكمة منصفة، لا يقل شأناً عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسالتها التي تنقلها إلى الجمهور<sup>(٢)</sup>.

٨٤٦- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازماً ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعاتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر اتساعها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون في هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص في الدستور؛ ويوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السليمة. وبدونها يبطل الحكم الصادر فيها، ولأنها في حقيقتها ضمان لمراقبة قضاة المحكمة في عملهم وتصرفاتهم، وعلى الأخص في طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدارتهم لجلساتها، وقدر تقديمهم بالحدود التي يقتضيها ضبطها، ومدى كفايتهم للحرص التي يعطونها للمتلازمين أمامها.

وصار أصلاً حضور الجمهور لجلساتها، وبصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بوقائعها؛ حتى لا تكون سريتها بديلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحبطها

(١) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

(٢) Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض؛ ويقوض حقوق المتهمين والمداعين. ولا يجوز بالتالي جعل جلساتها سرية إلا في أضيق الحدود، ولصون قيم عليا<sup>(١)</sup>. Higher narrowly tailored values

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين في مجال حضور جلساتها. فلا يشهدا فريق من بينهم دون غيره، ولا في زمن من وقتها دون آخر، ولا تزد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترفع أداها لرسالتها دون مقتضى.

وبقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصد ما لكل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فإنها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحملها على أن تكبر جلساتها على نحو يحقق للعدالة أعلى مراميها وأرقى قيمها.

ويتعين بالتالي النظر في سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجربته المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحاً بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم في المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم في المحاكمة المنصفة<sup>(٢)</sup>.

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair trial will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يثيرون اضطراباً في الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة على وجه آخر، لا حق لهم في حضورها<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان موضوع الاتهام خفياً، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز في كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفزعون من مجرد وجودهم.

(١) Press- Enterprise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).

(٢) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).

(٣) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخلى المحكمة قاعتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بأقوالهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إهداراً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً.

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صواباً للنظام العام أو لحرمة للقيم الخلقية، فإن حرمان أشخاص بذواتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلباً فيها- يكون محظوراً. والتدخل في منعهم بأنهم قد يخرجون الشهود، ليس إلا لغواً.

ولأن أقرباء المتهم يشدون أزره بمجرد وقوفهم إلى جانبه، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض في كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محاميه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للدستور، إذا أمر قضاتها -دون مقتضى- بإخلاء القاعة من الحاضرين، ولو لم يعترض المتهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعاتها، وحجبها بالتالي عن الاتصال بها ذلك أن سرية جلساتها لازمها منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

### المبحث الرابع

#### دور المحامين في الدعوى الجنائية

٨٤٩- إسهام المحامين في الخصومة الجنائية، ليس إجراء شكلياً. وإنما يبلور في حقيقته تلك المعونة التي يقدمونها لموكليهم علي وجه يكفل فعاليتها<sup>(١)</sup>. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تتدخل بوسائلها لمنعهم من إدارة الدفاع بالطريقة التي يرونها، ولا إجهاض قراراتهم التي يتخذونها استقلالا عنها، أو التأثير فيها<sup>(٢)</sup>.

والمحامون أنفسهم قد يخلون بواجبهم في تقديم العون الفعال لموكليهم. فقد يمثلون مصالح متعارضة، أو يعملون في أداء واجبهم. فلا يتابعون بعين يقظة مسار الخصومة الجنائية ومفاجأتها.

وكما كان دفاعهم معيباً بأن كان منطقياً علي أخطاء جسيمة لا تستقيم بها المحاكمة المنصفة، ولا يمكن الاطمئنان معها إلي نتائجها، فإن كل حكم يدين موكليهم بالجريمة، يتعين أن ينقض.

ذلك لكل مهنة متطلباتها ومستوياتها. شأن مهنة المحاماة في ذلك، شأن غيرها من المهن في اقتضاها ممن يباشرونها أن يبذلوا جهداً معقولاً يدل علي قدرتهم علي مواجهة الاتهام بالجريمة، لا من منظور أكثر المحامين خبرة وفهماً بدقائق علم القانون، وإنما علي ضوء أوساطهم الذين يديرون المهنة وفق مستوياتها المنطقية للقائمة التي تلزمهم الحرص علي مصالح موكليهم، والدفاع عنهم بالهمة الكافية، وإحاطتهم بكل تطور مؤثر في الخصومة الجنائية، وأخذ رأيهم في كل قرار يتصل بإدارة الدفاع عنهم، متخذين من مهارتهم ومعلوماتهم طريقاً إلي تحقيق الأغراض التي يستهدفها النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، والتي تتمثل في أن تكون نتيجة الفصل في الخصومة الجنائية، معبرة عن حقيقة مجرياتها قدر الإمكان.

٨٥٠- وليس ثمة قواعد قانونية جاهزة يمكن علي ضوئها الفصل فيما إذا كان المحامون قد أخلوا بواجبهم أو التزموه، وعلي الأخص في نطاق الخصومة الجنائية التي تتنوع قراراتهم بشأنها وفق ما يراه كل منهم أكثر ملاءمة لمصلحة موكله. بل إن وجود مثل هذه القواعد الجامدة يخل باستقلال المحامين، وينطاق السلطة التقديرية العريضة التي يملكونها التي يحدون على ضوئها، ما ينبغي عليهم أن يتخذوه من قرارات في شأن موكليهم، بما في ذلك التي يناورون بها لضمان فرص أفضل للدفاع عن مصالحهم.

(١) W. Beane, The Right to Counsel in American Courts (1955) pp. 8-26, 29-30.

(2) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

٨٥١- وينبغي أن يكون واضحاً أن المعونة للفعالة التي لا يجوز التزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكلهم<sup>(١)</sup> Effective Assistance of Counsel، لا يراد بها ضمان أفضل تمثيل لهم، وإنما ينحصر هدفها في ضمان محاكمتهم بطريقة منصفة. فإذا فاء المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد اكتمل. ويفترض -وكأصل عام- وفاءهم بواجبهم في الدفاع عن موكلهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل على أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية- لم يوفها، وعلي منوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. علي أن يكون ملحوظاً أن تسليط الضوء علي كل صغيرة وكبيرة أدار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة بينهم وبين موكلهم، ويمنعهم من قبول بعض القضايا التي لا يطمنون إلى رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكلهم علي سوء الظن بهم إذا ما خسروها. ولا تعتبر أخطاء المحامين جميعها -حتى ما كان منها مجافياً أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لواجبهم يتوخي ألا يضار المتهمون من جراء للتقصير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكلهم ليتغير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذا كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لواجبهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرارهم بموكلهم إذا كان المحامي قد باشر دوراً فعالاً في تمثيل هذه المصالح، وكان التعارض القائم بينها قد انعكس سلباً علي أدائه.

وفيما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض الضرر بتمثيلها، فإن علي المتهم أن يقيم الدليل علي ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بواجبه. ذلك أن الحكومة لا تعتبر مسئولة عن أخطاء المحامين التي ينجم عنها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمنعها. فضلاً عن أن هذه الأخطاء تتنوع، وكثيراً ما يكون الضرر الناجم عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتعذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحاً، ولا تحديدها علي نحو يدعو المحامين إلى تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكلهم، ومختارين من قبلهم Retained of

(١) McMann v. Richardson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense لم كانوا معينين من المحكمة التي يمثلون المتهم أمامها<sup>(١)</sup>.

فالمحكمة فن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ما، قد يكون إيهاراً في غيرها. ويتعين بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط على أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها المنطقية، بل كذلك على تأثيرها سلباً على موقفه في القضية التي تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل على أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لا الأخطاء المهنية لمحاميهِ<sup>(٢)</sup>. كأن يدلل المتهم على أن، اعتباره مسؤولاً عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكاً فيه، إذا كان الدفاع قد خلا من الأخطاء التي لفزلق فيها<sup>(٣)</sup>.

ويفترض القول بالزلاق المحامي إلى أخطاء لو كان قد تجنبها لتغير وجه الرأي في الدعوى، أن يكون مائلاً في كافة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة مدركة Intelligent Choice<sup>(٤)</sup>.

(١) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

(٢) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تحجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكومة من البلاد حتى لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل على أن مسار الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

(٣) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٤) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)

وفي قضية. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1936) تقرر كذلك هذا الحق للقراء.



### للمبحث الخامس

#### الحق في محاكمة يتوافر لقضائيا الاستقلال والحيطة الكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن لقضاء مستقون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل في القضاء أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال للقضاء عاصم من التدخل في وظائفهم تحريفا لها أو إخلالا بمقرماتها، وأن القرار النهائي في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور الحدود عليها، ويقمون للرضية القضائية التي يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلونون بهم، لا يثبهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية موداه أن يكون لقضائيا الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير واقعة النزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقا خالصا لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغوط، أيا كان نوعها، أو مداها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يميز هذه الضمانة ويؤكداه، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية، موداه أن تنبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو أقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنقيحاً كاملاً.

وليس لعل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التي رتبها؛ ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضاء إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً داخلياً محضاً، فلا توجهه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنهما. ولا يجوز كذلك -في إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفي؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظائفهم؛ ولا تعيينهم لأجال قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر الدولة لسلطتها القضائية - بكل أفرعها - ما يكفيها من الموارد المالية التي تعينها على أن تدير بنفسها عدالة مفكرة، وإلا كان استقلالها وهما.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخسوع للقانون، ولحصول من يلونون بها على الترضية للقضائية التي يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا يقل شأنًا عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيدة القضاء واستقلالهم هسيان متكاملان ومتظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر<sup>(١)</sup>.

ولئن كان بعض الفقهاء يلونون عنيتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيدتها إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحياناً، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيدتها، يتعين أن يكون فاصلاً بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعنى أن تعمل بعيداً عن أشكال للتأثير الخارجى التي توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو ترهيباً.

فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق، تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم، وانحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الدلخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر؛ كان ذلك منهم تغليباً لأهواء النفس، منافياً لضمائفة التجرد عند الفصل فى الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم<sup>(٢)</sup>. يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاء، وإن كفلتهما المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توفيقاً لأى تأثير محتمل قد يميل بالقضاة عن ميزان الحق انحرافاً؛ إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاء فى قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يحمى فقط استقلال القضاء، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضى فى نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً. ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع القاضى فى عمله لغير سلطان القانون.

(١) انظر فى استقلال المحكمة وحيدتها، الحكم الهام الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المقودة فى ١٩٩٦/١٥ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" وهو منشور فى ص ٧٦٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها - قاعدة رقم ٤٩.

(٢) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

ثانياً: ما قرره [إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣. وهما قاطعان في أن للقضاء يفصلون بحيديتهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليهما على ضوء وقائعها ووفقاً للقانون، غير منقوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقبول أو بتهديد أو بضغط أو بفساد أي كان مصدرها أو سببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

ثالثاً: أن تعلق ضمانتي استقلال السلطة القضائية وحيديتها بالخصومة القضائية، وانصيابهما معا على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، مؤداه بالضرورة تلازمهما، فلا ينفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور نلتياً بالسلطة القضائية عن أن تقوض بنيانها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إيصالها الحقوق لذويها، مهتداً بالتواء بذل من حيدة وتجرد رجالها. وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا دخلتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر عنها، أيا كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو لشكائها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن تتعامل ضماناً استقلال السلطة القضائية وحيديتها في مجال اتصالها بالتصل في الحقوق انتصافاً لأصحابها، وبترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلق إحداها على أحرارها أو تجبها، بل يتضامان تكاملاً، ويتكاملان قرأً.

رابعاً: أن ضمانات المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٧، تعني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضياً -ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها -علائية وإلصافاً- محكمة مستقلة ومحيدة بنشئها للقانون، يتمكن الخصم في إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يعارضها من أقوال غرائه أو حججه على ضوء فرص يتكفلون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تنمياً يلتزم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

خامساً: أن مفهوم حق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، مؤداه أن مجرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافياً لصون الحقوق التي ترتد في وجودها إلى النصوص القانونية. وإنما يعين دوماً أن يقتصر هذا النفاذ، بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطلبها حلاً منصفاً يقوم على حيده المحكمة

واستقلالها، ويعكس بمضمونه، التسوية التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها  
الفرضية القضائية التي يطلبها.

سائماً: أن القيود التي فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية  
وحيدتها - لا تنقضها أو تفتقنها من أطرافها - لا يجوز الخروج عليها<sup>(١)</sup>. ويعتبر إخلالاً  
بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضائتها، وبين المتهم المائل أمامها أو أحد الشهود، عدواة أو  
مودة لا يستطاع معها - في الأرجح - الحكم في الخصومة الجنائية بغير ميل - إيجابيا كان أم  
سلبيا.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه،  
ولو لم تصل العدواة إلى حد الخصومة للجراحة، ولا للمودة إلى حد مؤاكلة المتهم أو أحد  
الشهود أو قبول قضائتها هدياً منهم أو مساكتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية  
أو بعدها.

وليس شرطاً في المودة بالتالي أن تكل القرائن على متانتها ووثاقتها، ولا أن تكون  
العدواة جامحة في عقها وشدتها. بل يكفي أن تقوم المودة أو العدواة في نفس القاضي، إذا  
كان من شأنها انحرافه بسببها عن ميزان الحق<sup>(٢)</sup>.

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضي مصلحة مالية مباشرة في الفصل في الخصومة  
الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يفقد من ملكيته.

٨٥٥- ومما ينافي حيدة المحكمة كذلك، لقاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها،  
واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا  
الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكيمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم  
بالنظر إلى أعراقهم أو أصولهم أو غير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً  
للدستور.

ولا يجوز بالتالي تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن  
في حيدة بعضهم، لضمان إصنافهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور،  
يفترض تأليفها من أشخاص لا يسمعون للفصل في الاتهام الجنائي على نحو معين. فإذا دل

(١) انظر في ذلك ص ٧٧٩- ٧٨٢ من الحكم السابق.

(٢) لتقسيم رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" - جملة ١١/١١/١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٨٢ وما  
بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها علي ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بطل القرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم ببراء بذواتها في شأن الجريمة المدعى بها، وقيل بسط حقيقتها عليهم، يمنهم -في الأرجح- من العول عن العقيدة التي كونوها سلفاً، بما يبطل المحاكمة في كفة إجرائاتها، هي والحكم الصادر فيها<sup>(١)</sup>.

ولا كذلك آراء مبنية تدخل أحد المطفين أو بعضهم في شأن الاتهام الجنائي قبل الفصل فيه، إذا لم تكن في مجملها غير انطباع عام عن الجريمة ومركبها، قلما يصمد أمام التحليل الدقيق لوقائعها، والعرض الأمين لأدلتها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولى يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها. والقول بضرورة أن تصفو أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا في أمر ثبوتها أو انتفائها وكأهم قبل مجلسهم في هيئة المطفين لم يسموا عنها شيئاً، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس إلا تكليفاً بما لا يطاق.

٨٥٦- على أن هيئة المحكمة قد يشوها رصد أجهزة الإعلام والتلفزيون على الأخص من بينها<sup>(٢)</sup> - لكل ما يدور بها إلى حد التغطية الشاملة لوقائعها، بما يؤثر في الأعم من الأحوال - على نوعية الشهود الذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التي يملون بها، وعلى الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهرين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الإعلام لها أثناء شهادتهم.

فالخجلون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقا إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم لتظاهر ثيابها بنشر الإعلام لصورهم. إذ غالباً ما يركزون علي أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز علي مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهدهه أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود في العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد اتفق للتخطيط لها أو برع في تنفيذها؛ وكان قضاء الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الإعلام المتزاحمة علي نشر كل تفاصيلها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإصافها.

(1) *Duncam v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

(2) ولا ينبغي ذلك، حق الصحافة في دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما يجري فيها  
*Richmond Newspapers, Inc v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

ومما ينال من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التي يعبرون بها عن سخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهياجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلباً للتصاص منهم، والتكويك بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المارة.

ذلك أن المحاكمة الجنائية لا يقيمها تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التي تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون اطمئنانهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة للفعالة التي يتوقعونها، وأن يتضاعف بالتالي احتمال الحكم ببراءتهم.

فلا تكون الجماهير الغاضبة غير معول هدم للحقيقة القضائية التي توازن -في محصلتها النهائية- أدلة الجريمة بتلك التي تنفيها، وتقايل شهادة الشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائبا منها، فلا يكون الحكم مولوا بأجواء ملبدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بعينها تقرر هي صوابها، بعد أن طبعتها بتصورها الخاص، وبواطنها المتأججة، وينزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما ينافي حقيقة أن كل اتهام جنائي يقتضى تحقيقا هائلا يوزن فيه كل دليل بقرره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء الصاخبة التي تحيط بالمطفيين والدفاع، والتي يتعين على المحكمة أن تكفل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائما من التدابير، كعزلها المطفيين والشهود في أماكن تعصمهم من احتمال لتأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقيد المعلومات التي تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التي تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم<sup>(١)</sup>.

إذا تضرر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بان لها عدم جدواها، تعين أن تتم المحاكمة في مكان آخر، وفي أجواء أفضل *Changing the Venue of the trial* حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يأتي الحق في سماع أقوالهم في مقدمتها.

(١) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادسحق المواجهةThe Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل في كل محاكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذى تجريه بنفسها فى جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائى -وهو مدون بالضرورة- لا يحل محل المحكمة فى أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمهّد لها، وقد لا يؤخذ به<sup>(١)</sup>؛ فإن مواجهة المتهم للشهود فى مرحلة التحقيق الابتدائى، لا تقيد النزول عن هذا الحق أثناء الفصل فى الاتهام<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائى يعيها تسرعها، ونمطيتها، وعدم تعمقها حقائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتتمس كذلك بقصور معلوماتها فى شأن الجريمة، فلا يلم الدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تنفيذ أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التى تنفيها، فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أبعثتهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقشهم الدفاع عن المتهمين، فإن التعويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكتيبيها فى هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكون غير متصور<sup>(٣)</sup>.

٨٦٠- ولا يجوز بالتالى -وكأصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التى أدلوا بها، وتجريحها.

ذلك أن غيابهم ينفي فرص تعيبيها، ويبقيها على حالها دون خوض فى دلالتها، ولا فى صحتها. وهو ما تأباه النظم العقابية جميعها التى تنظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

(١) انظر فى ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض فى المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

(٢) ومن قبيل النزول عن حق المواجهة أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم لقوالاً أدلى بها شاهد غائب فى إجراءات سابقة على المحاكمة، أو أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم - بياناً بالشهادة التى وقع عليها الشاهد والذى كان ليلى بها لو كان حاضراً. ويعتبر كذلك نزولاً عن الحق فى مواجهة الشهود الذين أدلوا بشهادتهم فى غيبة المتهم، أن يختار المتهم برأى نفسه عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتخلى كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب فى وقت ملائم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

(٣) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق في الدفاع، وبالحق في محاكمة منصفة يتوافر لكل متهم خلالها، الحق في سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين في الدولة حق تطبيقه في مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم؛ وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إدارياً، كرفض قيد محام في الجدول أو إسقاط عضويته في النقابة بعد ثبوتها<sup>(١)</sup>.

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبها المحكمة عن الدفاع. ذلك أن إخفاءها يجعل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة مؤداه ألا تدأر المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صوره إخفاء النيابة لأدلة الجريمة التي يبديها عن متهمها، أو إخفاء للمتهم عنها الأدلة التي يحوزها وتنفيتها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبدل كشفها إلى أقصى حد مستطاع عملاً على تقدير أن قبض أحدهما في يده على أدلة الجريمة وإخفائها عن الآخر، مؤداه أن يفاجأ بها أثناء المحاكمة بما يعجزه عن أن يوفر وقتاً كافياً لبناء دعوام.

#### ويظهر ذلك على الأخص من النواحي الآتية:

أولاً: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفيها، بقصد تخفيف مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتى تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيهم في الجريمة إن كانوا قد ولغوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصداقيتها. ولا يعتبر ذلك حملاً للمتهمين على الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعتها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائماً. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا للتكليل على غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون الجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء الشهود قد أفضى إلى كارثة حقيقية بعد أن تطرق الخلل إلى شهادتهم.

فإذا ما اختار المتهمون الركون إلى حجة غيابهم عن مسرح الجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخبار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتكحض أقوالهم The notice of alibi.

(١) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.



ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تتخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلى صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز هدمها من خلال إخفاء القرائن أو الأدلة الظرفية النافية للجريمة. وليس واجبا على النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفا كاملا بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تعدد بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر إجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء النيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها التكليل على أن شهود النيابة لهم مصلحة في إدانته. ذلك أن الشهادة الكاذبة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، وتتقاضى كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلى أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقيدتها إذا ظل كذبها خافيا عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليتشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تفلتهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

يؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخى أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقدير مسؤولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفا، يجعل الطريق إلى إظهار الحقيقة، أو على الأقل قد يثقل شكوكا لها وجاقتها حول مسؤولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود لإجراء يحتكم إلى العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتى لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل على كذبها<sup>(١)</sup>.

٨٦٢- ومن ثم كان لكل منهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقيم الدليل على اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهماها. وله أن يعارضها على الأخص بقرائن يقدمها، ويأورق تكذيبها، وأن يرددها بغير ذلك من الوسائل التي تسقطها، كالتكليل على زيفها ومجافاتها للحقيقة، سواء في كافة تفاصيلها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، لبيان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها الدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية على التحرش بهم.

(١) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. I Illinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك تسق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم على الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نبلا من مصداقيتهم، كالتلويح على سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل على شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطلان حوثها بالنظر إلى ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط الناس شكاً معقولا في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلى الشهادة التي ألقوا بها، وعود عرضتها للنيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قديم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيرا ما تتبر الطريق إلى صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة<sup>(١)</sup>؛ وعلى الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التحامل على المتهم تحتها- على تشخيصه في طابور العرض كفاعل الجريمة أو كشريك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثا. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكا خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السمعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن للشهادة السمعية في هاتين الصورتين تبدو موثوقا فيها. ويجوز الاعتماد عليها<sup>(٢)</sup>.

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتا، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقا دستوريا أصيلا، ولو كانت واقعة الجريمة ومركبيها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل على جنائها إلا الشهادة التي حرص على كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مذنباً بناء على هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التفتيشية التي هجرتها الدول الديمقراطية، ويتمحض كذلك عقابا على مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فادحة الثمن على نمسه بامتناع عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا القرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلا أن تغدب النيابة أقوالا لم يدل المتهم بها<sup>(٣)</sup>.

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

**مبادئاً:** وفضلاً عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل للقانونية السليمة، يفترض ضمان حقه في سماع أكواله<sup>(١)</sup>. وأن يكون كذلك قلداً على استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقاً للدمشور لاستدعاء شهوده الذين يقدر تعلق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نفيها. ولا يكتمل حق المتهم في استعمال هذه الوسائل للجبرية، ما لم يكن من حقه أيضاً أن يظهر بنفسه على منصة للشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تنتهمه للنيابة بها.

وهو يدلي دائماً بشهادته إذا قدر أنها في مصلحته، وأنها تعينه على محض التهمة وتقويض عناصرها. بل إن الشهادة التي يدلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية من غيرها من وسائل الدفاع التي ترد التهمة على أعقابها<sup>(٢)</sup>.

واللنيابة أن تواجه هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي تجرحها، وتتقي مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكا في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الفرضين هدفها ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثنائياها دلائل ومنها. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم بكلماته- رؤيته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق للوكالة.

وكلما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما موداه أن لكل منهم الحق في أن يظل صامتا، أو أن يختار للدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق للنيابة في مواجهتها ولو كان قد أدلى بالشهادة بعد تنويمه مغناطيسيا بقصد إنعاش ذاكرته عن الجريمة واستنهاض وقائعها الغائرة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية على عملية التنويم هذه، كأن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتى يتم بصورة مجردة لا انحياز فيها ولا إحياء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكان لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلى به الشاهد، موداه ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

(١) Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

(٢) يفترض في شهادة الشريك على القاتل الأصلي للجريمة، أنها غير موثوقة بها. Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يبلي الشاهد بها أثناء التتويم، تجوز مقابلتها بغيرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفاً للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يبلي شخص بها من خلال عملية تتويم يجريها خبير بها وبوسائلها، لا يجوز الأخذ بها، أو التعويل عليها في وصفها للجريمة وما اتصل بأوضاع ارتكابها؛ وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

سابعاً: لن افترض البراءة -ولو لم يرد به نص في الدستور- من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها أية محاكمة منصفة. وإذا كان الأصل المقرر قانوناً هو أن تبرهن النيابة بنفسها على أن التهمة التي نسبتهإلى المتهم لها معنيها من الأوراق، فقد تعين أن تصفو لأمان القضاة والمطفيين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها -سما في ذلك أقوال الشهود- هي التي يجوز مجابتهها والنظر فيها، وهي التي يتحدد علي ضوئها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض علي المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مدداً متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمنز في مجال التكتيل علي التهمة وجوايا أو سلبا. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي للنظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتكتيل علي وهنها، أو انتفاء صلتها بالجريمة أو عدم لتأجها في إثباتها، حقاً لكل منهم لا يجوز إهداره<sup>(١)</sup>.

ويعتبر رفض المحكمة تنبيه هيئة المطفيين إلى دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفاً لفراض المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا ينال من حق المتهم في الاعتماد علي الأدلة وحدها للتكتيل علي الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة علي هذه الجريمة ووصفها لها بالفحش أو بمنفاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر علي تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاة قد نبهوا هيئة المطفيين أكثر من مرة إلى أن مهمتها تنحصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تعليقاتها علي الجريمة، لا تعد دليلاً علي أن المتهم قد ارتكبا<sup>(٢)</sup>. خاصة وأن أقوال للمتهم الختامية، هي التي تولج كل تعليق للنباية علي الجريمة، وتقد أدلتها.

(١) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

(٢) Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تاسعاً: أن اللجوء للوسائل الجبرية لحمل الشهود عند الضرورة على الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمتهم، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومرتكبها، ليقرر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها أو شهود المتهم. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض النيابة من خلالهم وجهة نظرها في شأن الجريمة ودولفها وجناتها، فإن للنّياية أن تقدم شهودها هي لبناء قضيتها. ويرتبط هذا الحق في هاتين الصورتين بالوسائل للقانونية السليمة<sup>(١)</sup>.

عاشراً: ويفترض حق المتهم في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون مائلاً بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أخل بنظام جلساتها بالنظر إلى ما يثيره من لغط وجلبة أو علي ضوئه للغة الجارحة التي يتحدث بها. ذلك أن الإدارة السليمة للمعدلة الجنائية تتقدم حضوره، فلا يعود إلى قاعتها إلا إذا استقام سلوكها<sup>(٢)</sup>.

حادى عشر: ويتوخى حق المتهم في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك إيقاف ضمائرهم وحملهم على مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتى يرونهم بأعينهم، ويراقبون أفعالهم وتصرفاتهم، وهم على منصة الشهادة، ويحكمون من ثم على شهادتهم بالصديق أو بالبهتن.

ولا يجوز بالتالي أن يدان متهم بناء على شهادة أدلى بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها<sup>(٣)</sup>؛ ولا أن تقدم النيابة -كنديل ضد المتهم- أقوالاً أدلى بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلاً صوتياً بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضاةها، يعتبر حقاً دستورياً لا يجوز التفریط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها الشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يدلي المحضرون بها Dying declaration، أو التي تكبهم بالنظر إلى مضمونها. إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الالتواء بالحقيقة أو تحريفها.

(١) Washington v. Texas, 388 U.S. 14 at 19, (1967).

(٢) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

(٣) لأن كانت المواجهة لا تحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه يجيز التحويل عليها إذا تعذر الاعتداء لموطن أصحابها، أو قلم الأدل على ولقتهم، أو لأصابتهم بمرض الأقدم عن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتماد على البيانات التي يدونها التجار في دفاترهم في نطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتي ينفي عن شهادتهم مصداقيتها. ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود ملثمين أمام المحكمة يشهدون بما أدركوه بحواسهم، ما لم يكن للمتهم قد نزل اختيارا عن الحق في العوادة، أو فرط إهمالا في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيراً عن قواعد القانون العام التي ترتد جذورها إلى عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلى المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالأمثلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون للحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة أشياء تملكها الدولة، دالا بصفة قطعية علي أن من تلقاها بعد سرقتها، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل واقعة يجوز أن تتخذ دليلا ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الواقعة ذاتها قد أثبتت اتهام سابق لم يكن للمتهم طرفا فيه، ولم يخول حق حضنها ولتكوين علي عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقشها ويدفعها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي علي المحكمة إنكارها لحقه في مواجهة الشهود، إذا كان هو قد ألتهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلى صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين علي الدولة أن تفاضل بين تقديم أدلتها إلى المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

ونصدق هذه القاعدة ذاتها علي التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، علي ضوء الشهادة التي أدلي بها أمامها، أشخاص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تستر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتي لا يناقشها، وعني الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعي بها. وإنما يتعين كشفها للمتهم حتي لا يحرم من الحق في تجربتها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهريّة التي لا يقتصر تطبيقها في الدول الفيدرالية علي الحكومة المركزية، وإنما تنطبق به ولاياتها كذلك بالنظر إلى قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة علي أقوال لم يواجهها المتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالا أدلي بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطعن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكلما غاب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم خاب مساعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يبديها أحد الشهود لهيئة المحلفين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز التعويل عليها<sup>(١)</sup>.

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه Face to face confrontation ليس مطلوباً في ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوا بما أصابهم من عدوان إذا كان المتهم به مائلاً أمامهم يروعه مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنية - كالنواثر التلفزيونية المغلقة Closed circuit television - التي بدلى ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء في مواجهة الشهادة التي يدلون بها للتكليف على كذبها. ويباشر المتهمون هذا الحق عن طريق الأسئلة التي يتلقونها من موكلهم ويطرحونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك في صدق شهادتهم<sup>(٢)</sup>.

(١) قالو أن الحاجب المنوط به خدمة هيئة المحلفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز للتردد في إدابته، وأن خطاهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف، فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يعتبر باطلاً.

(٢) Kentucky v. Stincer, 482. U.S. 730 (1987); Maryland v. Graig, 497 U.S. 836 (1990).

المبحث السابعتشخيص الاتهامSpecificity of accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، ولقعا في نطاق الحد الأدنى من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبأدلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد يبذل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقرير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القانون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام ولوردا علي وجه التخصص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتملا على كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغرض الاتهام مؤده أن يجعل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملائمة بمحتواه، فلا يكون كافيا لتحديد الجريمة والمسئولين عنها.

ويعتبر الاتهام موافقا لشرط الوسائل القانونية السليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل. ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، تقتض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشروط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم القانونية العسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يجرّد الجريمة للمدعي بها من العناصر الزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المنطوية على التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطأ<sup>(١)</sup> أيولوجيا مقينا، أو عقد العزم على الإجرام يبيخها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التي آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول إخطار بجريمة بذاتها ارتكبتها، ولا هو إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس<sup>(٢)</sup>.

ولا يفترض بالتالي التطابق بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وتلك التي يفهمها المتهم والمطعون منها، إذا غمض أمرها وشق مضمونها عليهم.

وإنما يكون لكل متهم، ولكل واحد من المحلفين، تصويره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يتقنون بالتالي علي مقاصده.

(١) يصمم تحديد سبب الاتهام، من محكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.



ولا يغيد ما تقدم، أن لكل تهمة قوالها التي يتعين صحتها فيها، وإنما الأدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلى المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في المسجون بغير حكم قضائي، لا يقل سوءاً علي حكم بإدانته بناءً على تهمة شابها للغموض، أو بناءً على تهمة خلا منها قرار الاتهام.

### المبحث الثامن

#### الحق في إبطال الإقرار بالجريمة

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجريمة ينتزع قسراً، أو بالخداع، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إراديًا<sup>(١)</sup>.

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التي يبطل فيها الإقرار بالجريمة. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلى كل حالة على حدة، فلا يكون صحيحاً إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يرتبط مناط تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق الضغوط التي تعرض لها من أقر بالجريمة، وما إذا كان قد قاومها أو انسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإرادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحويرها أو حملها على غير وجهتها، أو التأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه يذل منها بما يقوض الحالة النفسية التي كان المقر عليها وقت إقراره. فالإقرار في هذه الصور جميعها -ولو لم يكن نتيجة تعذيب- لا يعد تعبيراً حراً عن إرادة واعية تترك حقيقة اتجاهها، وإنما هي إرادة دخلها التواء يبطلها<sup>(٢)</sup>.

ويبطل بالتالي كل إقرار بالجريمة ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو تزويجه ببلأس السلطة وقدرتها على البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيراً عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركاً حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجريمة شأن غيره من أفعاله التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، أن تكون أعمالهم واقعة في إطاره؛ وكان حصولهم على إقرار بالجريمة من أشخاص لا شأن لهم بها، مؤداه أن يظل جناتها الحقيقيون بعيدين عن يد القانون<sup>(٣)</sup>؛ وكان لا يجوز للقائمين على تنفيذ القانون أن تلغهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلى الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إهدار كرامتهم وحقوقهم في الحرية، عن طريق انتزاع إقرار منهم يدينهم بجريمة لا صلة لهم بها؛

(١) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

(٢) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى في هذه القضية بأن خمسة أيام من الأسئلة المتصلة التالية لقبض بغير إذن والمقرن باحتجاز تعزل فيه للشخص عن آخرين، تبطل إقراره.

(٣) Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قانوناً أن للقواعد المعاصرة لتطور العدالة الجنائية وإدانتها، يؤذيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تنهار بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان على النيابة بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلي من تتهمهم بارتكابها، فقد تعين أن يكون موقفها من الجريمة محايداً، وأن يكون الدليل عليها قائماً على مصادر لها معيّن من الأوراق، وللقا في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقاً للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذا كان هو تسامد أدلة الجريمة فيما بينها وتضافر حلقاتها ليشد بعضها أزر بعض أصلاً في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تطرق للخلل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويتخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتى يندرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تعليقهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخفون في أنفسهم أو أموالهم، أو تعريض ذويهم لمخاطر لها بأسها؛ أو إرهابهم بضيوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها<sup>(١)</sup>؛ أو تخييرهم؛ أو حثهم بأمصال تعطّل إرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد للتأثير على وعيهم Drug-induced statements؛ أو بحزلهم نهائياً عن الاتصال بأصدقائهم أو بمحاميين يخفون لنجنتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلة، وبصورة متلاحقة<sup>(٢)</sup> Prolonged Interrogation.

كذلك يبطل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً؛ أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمور عواقبها؛ أو بعد مواجهة المقر بالذلة تم الحصول عليها بطريق غير مشروع.

(١) ومن بين الضغوط العقلية - وهي أحياناً أسوأ أثراً من الإيذاء البدني - أن يودع المشتبه فيه أو المتهم في زنزانة مع جثة المجرى عليه.

كذلك فإن الشخص الذي يزل عن كل دعم من أصدقائه وتقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأبية، ويعرض لأسئلة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسية لا تقل سوءاً عن التعذيب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

(٢) Askcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام تتحدد على ضوءه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن تعين أن يؤخذ في هذا الشأن بكافة العناصر التي تلبس الإقرار وتحدد ظروفه. وبوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن أشخاص بفعل ضغوط مارسها السلطة قبلهم؛ أو كأثر لطغيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقريبها منهم واستمالتهم إليها، والنظائر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوماً أن نوازن الضغوط التي تعرض للمقر لها، بقدره المقر على تحملها للنظر في صحة أو بطلان إقراره<sup>(١)</sup>. ويدخل دائماً في تقدير الإكراه، سن المكروه ودرجة نكاته، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التي تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هي التي تحدد لوجه بطلانه أو صحته<sup>(٢)</sup>. ويدخل في هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس المنعزل وحرمان المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأصدقائه، واستعمال طرق احتيالية للتحصيل على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن انتزع عنوة وبطل بالتالي، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافاً، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار اللاحق نقياً من كل صور القهر التي يحمل بها المقر على ما لا يرضاه.

إذا تأثر المقر في الإقرار اللاحق، بأجواء الفزع التي عاشها في الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثاني قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثاني بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتخيل صور القهر التي تعرض لها لانتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطارده عوامل القهر السابقة بأهوالها وأشباحها وعق وطلاتها، ومخاطر فرضها من جديد.

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتاج عملية واحدة، بذاتها السلطة بطغيانها لتعطيل إرادة المقر، وأنها بتأصدها أشكال القهر التي باشرت من قبل، وتداعياتها الخطيرة.

(١) ما يكون مؤثراً في شخص ضعيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر في مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهه انظر هذه بالنسبة أنه حتى لو كان الجاني محترفاً، إلا أن الظروف التي يدلى فيها بإقراره والتي تحلل إرادته بصورة غير منصفة The unfair and coercive context هي التي يجب التحديد عليها.

Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(٢) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالاً بأولهما، وأنهما نتجا معا عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قام عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعني قيام قرينة قضائية مؤداها أن ذهن المقر بالإقرار الثاني كانت تخطط فيه الضغوط التي لقرزت الإقرار الأول؛ وأن الإقرارين بالتالي واقعين في إطار عوامل التهم ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار اللاحق.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصنوره عنوة أو تحايلاً، فإن كافة الأدلة التي أعان هذا الإقرار على كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائمون بالعمل العام على تدريبهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بمنفذ على ثماره. ذلك أن للشجرة للمحرمة لا تنتج غير ثمار فامدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متفقاً من تأسيسها على إجراء باطل، كالتحصل عليها بناء على إذن باطل بالقبض أو التفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم اصطناعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية تصادم الضمير الجمعي<sup>(١)</sup>. كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها على أقراص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقتض عليه مطلبها بإحراقها. ذلك أن النيابة - في ظل النظم الإختصاصية للعدالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial system - يتعين عليها أن تكمن دليل الجريمة استقلالاً عن كل الضغوط وانفصالاً عنها، حتى يكون الدليل ثمرة جهد مشروع<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا كذلك أخذ عينة من دم شخص بواسطة طبيب حتى يتف القائمون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلاً على ما إذا كان قلند السيارة التي تسببت في الحادث، مخموراً وقت قبضه عليها.

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

المبحث التاسعصور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل للقانونية السليمة، وعلي الأخص من النواحي الآتية:

\* أن يدان المتهم بناء على قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكيمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجريها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن القانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد على ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

فإذا لم تكن ثمة صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها على ضوء المفاهيم الراجحة عملاً، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها؛ والقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من المنطق وحقائق الأشياء التي تترخر بها الحياة العملية<sup>(١)</sup>.

\* لكل متهم في جنائية حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التعليق على أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلاً لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضراً.

\* لا يجوز في أية حال أن يقيم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption، ليفترض بها- بصفة نهائية لا تقبل الجدل - تحقق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها<sup>(٢)</sup>.

\* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة على ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحدة وبما يوفر للقيم التي تقوم عليها الحرية للمنظمة، وسائل حمايتها.

(١) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٢) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

- \* للحكم في الخصومة الجنائية هو نهاية مطافها، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس علي أفعال لا يجوز تجريمها، أو علي دليل غير جائز القبول، أو لم يكن كافيا للتكليف علي التهمة وفق أركانها التي حددها المشرع.
- \* لكل متهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه ويشهده، وبأوراقه التي يندر اتصالها بالاتهام، وإنتاجها في نفيه.

### الفصل التاسع

#### ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتتل من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلي حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتغاها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أكام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضيا تحريا في حقيقة معانيها، وبيانا جليا للمعاسية التي اختلطها المشرع في شأنها، وقائما علي ضوابط منطقية أهمها:

(أ) أن النصوص الجنائية تقوم علي القهر من خلال العقوبة التي تفرضها، ولا يجوز تطبيقها بطريق التقياس علي أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتعين بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدتها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا التفسير تقرير حلول تأباها حقائق العدل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، ويبيده وحده أن يؤثم الأفعال التي يقدر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهامم عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطتها وتطبيقها علي أحوال لا تسعها، وإلا كان ذلك إحداثا لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريراً لصور جديدة من الجرائم لم ينص عليها.

(ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكا يراه غير مقبول إذا أتاه الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عباراته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمتنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمنها نص جنائي، دلالتها، فلا تحمل قسرا علي غير المعنى المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخرى تتكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضامم معها، أولها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعنى



المعتاد للعبارة في سياقها الواردة فيه، مذاقيا مقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها على الأغراض التي توخاها.

(ج) يتعين أن يعطى للكلمة عيناها -وبغض النظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها- تفسيراً واحداً، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين -سواء ضوء الأعمال التحضيرية- معنى مغايراً لها في سياق آخر، وبشرط أن يؤخذ -ولمصلحة المتهم- بالمعنى المغاير.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا "متى أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح"<sup>(١)</sup>.

(د) يتعين أن يتقيد للقاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد ترميد أو تقنين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمناً عنصراً إضافياً لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها القائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال على أن المشرع لم يقصد إلى إجراء تغيير في نموذجها السابق.

(هـ) إذا كان النص الجنائي غامضاً، تعين على القاضي أن ينظر إلى السياسة التشريعية التي صدر هذا النص على ضوئها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمفاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعريفها ومبادئها، وأن يجريها على هذا النص ليزيل غفاء معانيه، وبشرط أن يفسر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يثير شكاً معقولاً حول حقيقتها.

(و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حوالياً جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤداه أن المشرع قصد أن يعطى هذين التعبيرين معنيين متباينين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص مع وضوحها. ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ما عداها.

(ح) كلما حدد المشرع أحوالاً يعيها استثناءها من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظوراً.

(١) القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٤/٦ - قاعدة رقم ١/٢٩ - ص ٣٢٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ط) سريان النصوص الجنائية في أحوال بعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع علي تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عندئذ أن تكون المسائل المندرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عناها المشرع.

هـ) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية علي نحو ينقل عناصر الجريمة -في مجال إثباتها- من النيابة العامة إلى المتهم.

ك) لا يجوز أن يستخلص للقاضي من قراءة النصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غابتها ألا يتخذ القاضي من التفسير مدخلا لمسحها من خلال مط كلماتها وفرطحتها حتى تنداح إلي غير دائرة الأفعال التي قصد المشرع إلي تأنيثها، وبما يناقض مقاصده من التجريم، ويتمحض في النهاية عدوانا علي الشرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون<sup>(١)</sup>.

(١) M. Cherif Bassiouni. Substantive Criminal law, 1978, pp. 63- 65.

### الفصل العاشر

#### الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الإهمال الجنائي

٨٧٥- يحتجز المنحرفون عقليا، والمضطربون عاطفيا، والمصابون بالصرع، والشابقون أو المهوسون جنسيا في أماكن لرعايتهم بقصد لاحتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقا لنظم مدنية لا جنائية تتوافر لهم فيها الحماية التي يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة.

وقد يودعون في هذه الأماكن مددا أطول من تلك التي يقضيها الأسوأ في السجون جزاء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالي ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، واتساع معانيها، وتعدد معاييرها واضطرابها، لطبقها القائمون على تنفيذها بصورة انتقائية، وببند تحكمية تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التي تخصمهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى خلو النظم التي يطبقونها من خاصية اليقين التي تنسب على كافة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها، عريضة في أنصاعها، لأنها تشمل السيكيويانيين، والمصابين بوهن في قدراتهم العقلية، والعاجزين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفيا أو جنسيا، والذين اعتراهم عرض يمنهم من حسن تقدير الأمور والنظر في عواقبها، ويوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختراقهم تقاليدها لعواض عقلية أو نفسية.

فهؤلاء جميعا قد يتقرر إيداعهم في أماكن ترعاهم وتعيد تأهيلهم وترقيتهم في خطاهم، وتقوم اندفاع نزواتهم.<sup>(١)</sup>

ويوجه خاص كلما كان سلوكهم دالا على رجحان انفلاتهم بدنيا أو عصبيا أو جنسيا، وتعتيهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط في للقوانين الجنائية التي يطبقها المشرع على الأسوأ، فإن مبرراتها في شأن المعوقين في قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

(١) Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بغير كبحهم فى أماكن تأويلهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتعيين أوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهمى حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بغير سماع أقوالهم، وتولى مجام موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مدداً طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ما، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحوطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيواؤهم بها بعد سماع أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -والفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقاً للدستور، الاتصال بذويهم وبأصدقائهم وبمحاميهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى العمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وعلارن هذا التطور فى مفاهيم الوسائل القانونية الملمية التى لا تجيز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة التى تتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تفضلاً- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصححها، ويرد عنهم -على الأكل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجهة التى تأويلهم -من خلال إسرائيلها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تسوء بها أوضاعهم، ولا يصل إرهابها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ آدميتهم وكرامتهم، والتى لا يجوز تحريفها عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيوائهم، كان بغير حق؛ أو صدر من جهة لا ولاية لها؛ أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يغتفر، فإن الإفراج عنهم يكون واجباً. ذلك أن إيداعهم فى تلك الأماكن، موداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفاً لابتداء لأحكامه، أو كان قد تم أصلاً وفقاً للقانون، ثم طرأ عارض أدى لزوال مسنده، كأن استعاد المحتجز قواه العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم في تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذا كان الإيداع في أماكن الإيواء يتم وفقاً لنظم مدنية، فإن الجرائم التي يقارنها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجزئ احتواءهم من جديد في هذه الأماكن، إذا ظل الخلل في قدراتهم عوارضهم العقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائياً عنها. ولا يعتبر ذلك عقاباً لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك أن الإيداع الأول تم وفقاً لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائي أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيعه بالوسائل القضائية ووفق نظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع الممنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهندون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، في أماكن تأويلهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان واحتمالاته. ويفقد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم في الأماكن التي تأويلهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومخاطره، يتم وفق برنامج جبرية لا ترخص فيها، وتقتضي بقاءهم في الأماكن التي يحتجزون بها فترة قد يصل مداها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التي ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائي، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن النظم المدنية -لا العقابية- هي التي تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التي كفلتها نصوص الدستور لهم، سواء في السجون أو في غيرها من أماكن إيوائهم.

وهي حقوق يندرج تحتها الحق في سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم في هذه الأماكن.

وكذلك الحق في عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق في استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يقارع حججهم ويبطلها.

٨٨٠- وشأن من تردوا في إدمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطي الكحول مدداً استطال زمنها Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغماسهم في شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعبدين لها لا ينصرفون عنها؛ لا يحيلهم إلى مجرمين مسؤولين عن أفعالهم، بعد أن صار إيمان تعاطيهم لها نمطاً ثابتاً في حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل في النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم في أماكن تنهيا من خلالها، فرص إعانتهم أسوأ، لا يهدون الآخرين بأفعالهم التي لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالي أن يحدد المشرع ربما لا تجهيل فيه- من يزعج بهم في هذه الأماكن.

فلا يعتبر الشخص ممنماً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطرأ على قواه العقلية، قادراً على النظر في أحواله، مديراً لشؤنه العقلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو واجهه بحدوث.

ذلك أن الاحتجاز في هذه الأماكن، لا يربط بكون من يودع فيها مرتكباً لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد المدعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذا كان الأصل في الناس جميعهم أن أمهاتهم ولدتهم أحراراً، فإن إرهاب حريتهم هو الأصل- من خلال إيداعهم في أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطقها لإفراطهم في استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وتدريبهم في شربها بغير انقطاع، وفقدانهم السيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم الخمر التي تعتصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيهم من شرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص القواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر احتجازهم جبراً، وألا تصدر قراراً ببلوئهم في مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تضالول أو انعدام قدراتهم بصورة مستحلة- على السيطرة على أفعالهم.

٨٨- وعلى ضوء ما تقدم، نفترض صور إيداع الأشخاص جبراً في مكان مأمون، أنهم عاجزون عن السيطرة على سلوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع هو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تتصل بحالتهم هذه وتثبتها.

ولا يعارض هذا الإيداع كذلك -وهو ليس عقاباً جنائياً- ضوابط الحرية المنظمة التي لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السامية بما يرد للدولة عن التحكم فيها بأولمها ونواهيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها التسيب بها بغير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هي حرية مقيدة حتى في إطار نظم الإيداع المدنية في طبيعتها.

ولازمها ألا يبشر الناس حرياتهم وكأنهم وحوش كاسرة، وإلا تتطلق نزواتهم وكان فيضها عصيان لا يرد. وإما الحرية الحقيقية هي التي يجوز تقييدها في زمن دون آخر، والحد من إطلاقها في أوضاع بعينها دون غيرها<sup>(١)</sup>. فذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التي تكفل الخير العام للناس في مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالي أن يحتجز أشخاص في أماكن تحويهم لمجرد إتيانهم أفعالا سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فحشها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشي بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط لاحتجازهم في أماكن تحويهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة المعينة، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التي تفرد تطرق الخلل إلى تماسكهم، وقررتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومنبئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تبرر للخطورة الإجرامية وحدها هذا الإيداع. وإنما يتعين أن تقوم إلى جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفياً Emotionally disturbed أو يتخلفون عقلياً، أو تنقص شخصياتهم، أو تصيبهم بحالة الجنون.

٨٨٣- وتلارق النظم الجنائية، نظم الإيداع المدنية التي لا تتوخى ردع من يودعون فيها، ولا لثأو منهم، وذلك من وجهين:

أولهما: أنها لا تؤاخذ من يحتجزون بها وتكبنهم بناء على سابق إجرامهم، ولكنها تركز على حالتهم العقلية، وشايتها بما يتصور أن يأتوه في مقبل الأيام من الأفعال. وهي بذلك نظم غير انتقامية تقيم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل في الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر في إيداعهم في أماكن لاحتوائهم، ليتضمنهم هذان العنصران في تبرير إيداعهم جبراً عنهم في هذه الأماكن.

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26 (1905).

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التي تردوا فيها، ولا نخل لإرادتهم بها.

ولكن صرح القبول بأن إيداع الدولة لهؤلاء في مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، (إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً<sup>(١)</sup>). ذلك أن التدابير القسرية التي تحيط بالأشخاص الخطرين عقلياً *The dangerously mentally ill* تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتمحض عقاباً، احتجازهم مدداً طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز ورفض النظر عن طول مدته أو قصرها - بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سوانها، فلا يهدون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا يقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدده سلفاً. إذ يبقون فيها ما برحوا خطرين، وبالفراض أن مدد إقامتهم هذه، تراجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحليلها بعض القواعد الجنائية التي تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التي تأخذها من هذه النظم لتطبقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهى دائرة ضيقة بالضرورة تقتضى تقييماً متواصلاً لحالتهم.

والقول بأن انعدام وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملائمتها لحالتهم، يشبههم بالمنبذين الذين يستحقون عقاباً، مردود بأن علاجهم قد يكون مستعصياً من زاوية طبية. وحتى بفرض التقصير فى علاجهم، فإن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع التى تقيد حريتهم ما فتوا خطرين.

ومن غير المنطقى أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون التقصير فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضياً الإخراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفاً جانبياً يقوم إلى

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).



جوار الأغراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة في أن يظل المحتجزون في هذه الأماكن، بيد الدولة التي تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنعهم من الإضرار بأنفسهم<sup>(١)</sup>.

٨٨٥- والقول بأن المحتجزين في أماكن إيوائهم قد أصابهم من قبل عقوبة الجريمة التي ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم في تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزء ثان عن هذه الجريمة ذاتها؛ مردود بأن الطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجرائها في مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع تالياً لاستيفاء مدة العقوبة المحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التي تعبر مناط تطبيقها، والتي لا شأن لها باكتمال للقصاص عن جرائم السابقة، ولا بتزديدهم فيها قبل إيداعهم.

فضلاً عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة تقارن عناصرها بعناصر الجريمة التي أنين عنها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة -وفي كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبتها المحتجز.

ولكنها تعتمد على الجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لتقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارتكابها، مضطرباً نفسياً أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له ولغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالي جزاء جنائياً رجعياً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية ينص في الدستور، لا يتعلق أصلاً بغير القوانين الجنائية<sup>(٢)</sup>.

(١) Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995).

(٢) See Kansas v. Handricks, decided by United States Supreme Court on June 23, 1997.

### الفصل الحادي عشر

#### الحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياة

#### The sight to

٨٨٧- ينالقي الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. والناس جميعهم يملكون هذا الحق لا يتمايزون في ذلك عن بعضهم البعض. وتردده للمواثيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون الناس آمنين في أشخاصهم من صور الإقزاع على اختلافها، ومن عوامل القهر على تباين ضروبها، ومن وسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى الليداهة المنطقية، ولا يفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم *Inhérent à la personne humaine* ولا يباشرون غيره من الحقوق بتخلفه. فهو مقدمتها والطريق إليها. بل إن حقوق الناس وحرياتهم جميعها تنهدم وتهدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم -حتى في أوقات التوتر ومظاهر الصراع الداخلي- حتى لا تختل فرائض أمنهم، وعلى الأكل في حدها الأدنى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكتولاً بنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقفها من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرص ميثاقها على ضمان الحق في الحياة من خلال تدابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لائقة<sup>(١)</sup> *La garantie d'une vie décente* حقان متداخلان، وأن ماتتخذ الدول من تدابير لصون الحق في الحياة - عقابية أو وقائية - يفترض أن تكون هذه التدابير من طبيعة عملية تتوافر بها فرائض الحق في الحياة بصورة واقعية، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء<sup>(٢)</sup>.

ولا يخل حق الناس في الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود المنطقية التي تقتضيها لصون أمنها وامن وجودها.

(١) ويلاحظ أن حق الفرد في حياة لائقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تقتل لكل شخص الحق في مستوى من الحياة يكون كافياً لضمان صحته ورخائه ولعيش عائلته. وهذا الحق مقرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكتول أيضاً بالفقرة (١١) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطاً مبنياً ومخلاً حيويًا لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالي حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضرروا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، في التعويض عن الأضرار التي أحدثتها، خاصة ما تطرق منها بأبدانهم.

وتقيم المواثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق في الحياة، وبين حظر أعمال للدعاية التي تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتفرض كذلك حظراً كاملاً على إنتاج الأسلحة النووية والكيميائية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أدوات التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من آثارها.

ويرتبط الحق في الحياة كذلك بالأمن الدولي، وبضرورة أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بافتراض تدخل مصالحها، وأن تقوم بتسوية خلافاتها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق في الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عنوان عليها، وتقرير الفرائض الملائمة التي ترد كل إخلال بها؛ وإنما يتطرق الحق في الحياة كذلك بالشروط الملائمة والضرورية التي تكفل لكل فرد حياة لائقة Une vie dcente.

ويندرج في ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها اللائقة التي لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدنى من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرض والفرع، وضمان أماكن ملائمة يهجعون إليها من عناء يومهم<sup>(١)</sup>، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لعملهم، وتصعيد آمالهم في الحياة، وتقليص وفياتهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتي تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تملو على كل صور امتنانها، والتي لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفرض إمكان تنفيذها قضائياً، وأن تعمل الدساتير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما نكل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٦ / ١٠ / ١٩٤٦ التي تكفل للناس جميعهم - وللأطفال بوجه خاص - ولأمهاتهم، وللعمال الذين تقدم العمر بهم، الحق في الصحة، وفي راحتهم، وفي إجازاتهم، وفي ضمان أمنهم. فإذا لم يكن للفرد قادراً على العمل بالنظر إلى عمره أو لعجزه

بنديا أو عقليا، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، تعين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للعيش  
Des moyens convenables d'existence.

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولي العام بعض الجرائم التي تعتصر حق الناس في الحياة  
ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم ككُرَاء، والاتجار في أعضائهم واستمالتهم للفجور. وكذلك  
عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتن كرمتهم، وتكليفهم بالعمل سخرة<sup>(١)</sup>.

٨٩٠- ويظل الحق في الحياة مطلباً أساسياً للناس جميعهم. فلا يجوز إذلالهم ولا  
ترويعهم، ولا طعنهم بالقلق لقدام، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم،  
وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التي تعطىها السلطة جبراً لمن أختطفهم من  
المواطنين، وأخفهم عن ذويهم.

وفي هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه<sup>(٢)</sup>،  
ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعشرة الجنسية لإمرأة بالقوة، أو حملها على  
الدعارة، أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو ببلعها قسراً أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيوان  
يختصبها.

٨٩١- وقد يعاون شخص آخر على الانتحار أو يشرع في ذلك، ويعتبر هذا العمل  
جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول. ولكن قوانين هذه الدول ذاتها قد تخول الأشخاص  
المينوس من شفائهم -كالذين دهمتهم حادثتهم مزقتهم وأحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بغير  
الوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق في رفض الاعتماد على هذه  
الوسائل التي تبقيهم على قيد الحياة. وهو ما يثير بالضرورة النظر في مدى مخالفة هذه  
القوانين لشرط الحماية للقانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون في بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول  
دون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيراً، وفرصهم في النجاة من  
مخاطره، تكاد أن تنعدم.

(١) V. Ch. Chanet: La convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumains ou dégradants ou A.F.D. 1, 1984.

(٢) انظر في ذلك نص المادة ٤٢ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو  
علمية على أي إنسان بغير رضاه الحر. وكذلك نص المادة ٤٢ من الدستور التي توجب معاملة من  
يقبض عليه أو يحبس أو يقيد حريته بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع في إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل وطلبهم للتخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل في برئها، وكان مآل الأمر فيها إلى موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشرياً فيها بما يحرم لهم في النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين في مركز قانوني واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطباءهم التخلص منها، لا يختلفون في شيء عن الذين يطلبون من أطباءهم معاونتهم على الانتحار، خلاصاً من أمراضهم المبرحة آلامها، والتي لا أمل في شفائها.

كلاهما يعمل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإبقاء عليها<sup>(١)</sup>؛ والثانيهما يطلبها للتخلص من حياة مقطوع بالنتائج.

غير أن الاتجاه القضائي في لقانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير مناض لشرط الحماية القانونية المتكافئة، وذلك تأسيساً على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية القانونية المتكافئة، لا يولد حقاً من طبيعة موضوعية، وموداه وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ وإمكان أن يعامل الأشياء المتخالفة على نحو متغاير<sup>(٢)</sup>.

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والدستور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة في واقعها، أو من وجهة النظر التي تتعلق بها، بافتراض تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص في طلب التخلص من الوسائل الطبية التي تزيقهم أحياء، لا يؤسس على حق كضله الدستور لهم في التسريع بموتهم To hasten death. وإنما على الحق في ألا يمس آخرون -ويندرج الأطباء تحتهم- أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك لشخص يحزنهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقاراً قاتلاً، يكون منهياً لعذابهم من الأمراض التي يعانونها. ذلك أنهم يعمدون إلى قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

(١) يعيش هؤلاء على وسائل صناعية بتقويمهم.

(٢) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنتهم في صون حياة مرضاهم لا تكسرهما<sup>(١)</sup>. فليس ثمة حق لأحد في الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراء صوابا هو أن الحق في الحياة والحق في الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلبا لبقائها، وثانيهما إنقاذ لها وإنهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوبا ضمنا، إلا أن قتل النفس ليس حقا لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بغير الوسائل القانونية السلمية<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطباؤهم معاونتهم في ذلك، كلاهما ينتهيها بيده، أو بيد غيره. كذلك يفترض فيمن تدهمهم حادثة ينعدم معها أملهم في النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التي تغذيتهم، هي التي تعينهم على البقاء أحياء Lifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها في مرحلة سابقة على الحادثة التي هشمتهم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم<sup>(٣)</sup>.

ولكن الفرض فيهم أنهم صاروا مهشمين من كل الوجوه، تحيطهم غيبوبة كاملة، لا يدركون معها شيئا مما حولهم.

ولا يتصور بالتالي -حتى مع افتراض جواز إنهاءهم لحياتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التي تثبتهم أحياء- أن يحل آخرون محلهم في ذلك، ولو كانوا من آباءهم أو أمهاتهم أو أزواجهم أو أقربائهم.

(١) Vacco, v. Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

(٢) يندرج تحت الوسائل القانونية الجائزة، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو نقيذ حرية من خلال عقوبة بدنية، كالإشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو للسجن أو الحبس.

(٣) يقع أحيانا أن يتعرض الإنسان لحادثه تعطل معها وظائفه الحيوية، فلا يعي شيئا مما يدور حوله، وإن ظل باقيا على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التي تغذيه وتبقيه حيا، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قد ذكر لصديق أو غيره أنه يرغب في التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعية التي تثبته حيا إذا تعرض لحادثة يصير بسببها بغير أمل في النجاة منها، تعين إعمال إرادته في ذلك وسحب الأجهزة الطبية التي تثبته حيا. ولا ينهى الأطباء حياتهم لسحب هذه الأجهزة من بينهم، فإهم لا يفعلون شيئا أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم في أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلى استفحال أمراضهم التي تكل الحقائق العلمية على استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التي يصير بها موتهم وشيكا Terminally ill، ولا القول -وقد طحتهم آلام أمراضهم- بأنهم قصدوا بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اختاروا حقاً إنهاء حياتهم بكامل وعيهم -Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقيهم وتحببهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحتها الأطباء بأن هذا الإجهاض مود إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى يفنى. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالتلذذ بالحرية للشخصية أو التخليج عليها. ذلك أن الحرية في معناها الحق، تناقض لفلاتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين في حادثة هشتهم، ولم نبق لهم شيئا من وظائفهم الحيوية، إذ ينامون بوصفهم ميتين فعلا بالمقاييس العلمية. وإن تخرجهم الأجهزة الطبية -التي تعينهم على البقاء في صورة الأحياء- من حالة الحم التي هم فيها<sup>(١)</sup>؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكاً، ولمهم في الحياة منتهياً.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعلنهم الأطباء على الانتحار، فإن معاونتهم هذه تستبق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

(١) في القضية (1990) 497 U.S. 261 *Crowzan v. Director, Missouri Dep't of Health* قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بنسبورية تشريع صدر عن ولاية ميسوري يجيز نزع أجهزة الإعاشة الطبية التي يبقى بها أشخاص مهشمون على قيد الحياة بشرط أن يتفق نزعها، وإرادة سابقة واضحة للمريض *Consistent with the patient's previously manifested wishes* بل إن المحكمة في هذه القضية تراق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالتهم مستقرة بفضل الوسائل الطبية لأكثر من ثلاثين عاماً - وهو ما شهد به الشهود في القضية المذكورة، وبين المرضى الميئوس من شفائهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضياً إلى موتهم *Terminally ill*.

فمنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان ينقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود une lâcheté devant les épreuves de L'existence أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتتهم.

L'appropriation d'un pouvoir sur la vie qui n'appartient qu' à Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل في مواجهة نكول للجماعة عن واجبها في تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه التعبير الأعلى عن الحرية الفردية التي يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها في أبدانهم<sup>(١)</sup> L'expression supreme de la liberté individuelle. وأن المنتحرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من دواء يقتلهم. وكذلك برفضهم العلاج من أمراضهم، بقصد التخلص من حياتهم.

بيد أن الآراء التي تقول بجواز الانتحار باعتباره نتائج الإرادة الحرة، يعيبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعارة المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة لداعرة تخالط بإرادتها الحرة للرجال بغير تمييز!!

ولم أتم المشرع كذلك إتيان الرجال فجوراً!!! وعارض صوراً من الإجهاض تأتيتها للمرأة بإرادتها على بندها!!!

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين سولو لإفقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضرراً بالمترجع!!!

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها ينافي تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلاً لحقوق مالية يجوز نقلها إلى آخرين<sup>(٢)</sup>!!!.

(١) Jacques Robert, Droits de l'homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

(٢) ينظر البصم إلى حق المهتمين في رفض بقاء الأجهزة الطبية التي تعينهم على الحياة، باعتبارها مندرجاً تحت حق للشخص في رفض العلاج الطبي.



الباب الرابعالقانون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقهاالفصل الأولامتناع تحريم المصالح التي كلها الدستور

٨٩٤- يكفل الدستور في صلبه كثيراً من الحقوق بالنظر إلى حيوية المصالح التي تغالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتعبير، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلاع على العلوم على اختلافها، وفي مواجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن تنبذ به النظم الجائفة سواء من جهة الأعمال التي يجوز أن تؤتمرها أو قدر عقوباتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي نطلبها، وفي حق الحصول على أجور متكافئة عن الأعمال عينها.

فما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز -وفيما خلا حرية العقيدة والحق في التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. فما هي حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتراحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحررياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلى أوضاع تطبيقها، ومسياق مطلباتها؟ أم يتعين تحديد بنيانها في صورة مجردة تفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جميعها معان قد تختلط ببعضها في مجال بيان الدائرة المنطقية لحقوق المواطنين وحررياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضاً يستهدفها، فلا يجوز تنظيمها بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقيده بنصوص قانونية يستحيل عقلاً ربطها بها. وفيما وراء هذه الترخوم، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا ينقص من أطرافه بما يضائل من جوار. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تهدم أو تتكلى لأنها بؤرة الضوء فيه، وللخيلة التي انبثق منها والتي تعطيه الحياة التي يتنفس من خلالها. فإذا نقض المشرع عليها أو أرقعها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلاً.

فنحن إذن أمام حقوق كلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخياً بإحداثها أن تحقق في تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تعمل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعي يتوخى التوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلاطمها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً واقعياً لحرية التعبير. ذلك أن أفرادهم يدخلون فيه -لا لتضيقهم جدران منغلقة يقعون داخلها صامتين، وكأن علي رؤوسهم الطير- وإنما هم مغنيون ببعض الشئون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفاً نهائياً بشأنها - وإنما طلباً لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئاً أم صاخباً، جارحاً في بعض كلماته، أم معتدلاً، متقاداً عاطفياً أو متوازناً. فكل أولئك أشكال من الحوار لا تفض من قيمته ولا تنتقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تفرض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، ونقلها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلى دائرة أوسع، سواء كان التعبير حركياً أم قولاً أم رمزاً، أم صورة أم رسماً، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حراً ونيعاً صافياً لإرادة الاختيار التي تفرض مبادئها بعقل مفتوح، وبقوة دافعة وثقة لا وجل فيها ولا تهاون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها أيما كان مصدر رسالتها أو مضمونها. فما نراه سقيماً من الآراء قد يكون أرجحها قبولاً. وما يكون بغيضاً من صورها قد يكون الحقيقة التي أخفقت في إدراكها، وما لا نلهم من ملامحها قد يكون هو الأكثر اعتدالاً.

وليس لأحد أن يفرض طي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صواباً، ولو لم تكن في حقيقتها غير بيتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه ركدة، ولا آسنة. ولكن بينتها هي التي تثريها أو تجلبها؛ تعطيلها قوتها، أو تخفض قيمتها؛ ترددها إلى حكم العقل، أو تفرض علينا مظاهر التسلط؛ تقبلها بنظرة منسجمة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالاً حياً بكفل نبوعها، أو تحيطها بقضبان من حديد تستغلها؛ توفر لها مقامعياً وأغلالها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تنقلمها وتتفاعل معها، أو تكيئها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان الدستور ليكتل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصادمها تظل نبتاً للحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون طي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل الكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وقيمتها في كونها تحيزاً عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو لبراقها بما يردّها عن الدائرة المنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديمقراطية أكثر روافدنا عطاء، ولبلغيا ثراء، وأفضلياً طريقاً إلى التغيير، وأحقياً بالنفاذ عنها؛ ولتكن وراءها. ولا تزال الكلمة حوراً في وسط اجتماعي، فلا تقيم في القضاة، ولا تنتش موازينها كراهة لها. إذ هي دوماً طريق إلى التغيير بطوسائل السلمية. فلا تجوز مصدرة أبوات، ولا تنتش محيطاً.

ويقتدر امتناع قاعدتها، لتحدد درجة تأثيرها في الجاهير، وأنماط خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تميل إليها.

بيد أن الكلمة التي ننطق بها وإن كان يحكمها أصل الل، إلا أن تجريدها يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينتقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار القيود الجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحداثها ووضوحها ما يرشحها كقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قيل بأن بعض الآراء تلاصقها مخاطر داهية، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي تمسها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كلفها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون التعبير فيها مؤديا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقيمها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتنبها المشرع من منبتها، ولا يحيطها بقيود ترقتها، ولا يولجها بوصفها مدخلا يخول السلطة مطاردة خصومها وتعقبهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها وأيا كان غرضها، وكان الدخول في اجتماع معين قرين الجريمة، أو هو الطريق إليها.

٨٩٨- وفضلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية الشخصية ينال منها تقويض إرادة الاختيار الكامنة فيها، والتي تبلور للشخصية الإنسانية في جوهر ملامحها. وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تكذيبهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يريدون كتمانها، حتى لا يتهموا جلتيا بسببها، فإن هذه القوانين تكون مخالفة للدستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤثم أفعالا بذواتها، وتقرض علي من يأنونها صورا من الجزاء لها من ضرورتها ما يخل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن منفلتها للقيم التي ألفتها الدول المتحضرة في مظاهر سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها واقعا في إطار نظرة متخلفة تركد إلي حقبة ماضية نبذتها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الواحدة لا تترك وزرين، فإن معاقبة الشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك منافيا للقيم التي احتضنتها الأمم المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطي المشرع الواقعة الإجرامية ذاتها، تكييفا مختلفا. وتتطبق هذه القاعدة حتى في الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة للفيدرالية من جهة أخرى Separate Sovereignities.

ذلك أن السيادة -سواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة التكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تجاوز مباشرتها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي - وعلى ما نراه- أن تعاقب منهما مثل لأمها وفقا لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في لركانهما.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها اقتصاص من الجناة عن جرائمهم التي يرتكبوها في إقليمها -ولو كان المشروع الإجرامي قد انبسط إلى حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة للشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءا أن الولاية في الدولة الفيدرالية قد تقبل بحكم قضائي صدر عن دولة أجنبية في شأن شخص مقيم في الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها، مؤهلة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. ولولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، في شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن الدستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التي اختصاصها بها، إلا أن عليها أن تباشر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة الفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلا عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رخاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو يفصمها. وحقائق العدل ومعيطاتها، ينالها كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها. أو اعتبر بريئا منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظل تحديد ماهية هذه العقوبة أو المعاملة، عصيا على البيان. وتردد الوثائق والمعاهد الدولية هذا الحظر. وهو ما تقر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛

وينص المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وينص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وينص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي لحقوق الرجل وواجباته التي تقضى بأن لكل فرد الحق في معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه، وينص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية في شأن حقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص تكاملاً في قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجزئ تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -ككلما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضاً بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم القصاص الكامنة فيها، لم تردع آخرين عن إثبات الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التي لا تزال تعطى للحياة قيمتها. وقبل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يبلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائي يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق القضاة لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تكفل للجناة بالتالي تساويهم في فرص فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم للمتصاعد على عقوبة الإعدام، والقول بانقضاء طبيعتها الخلقية ومنافاتها للإنسانية وملاصمتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يساقون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التي تستوجبها. وتضامل كذلك عدد الأشخاص الذين تنفذ فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد النور العام منها، وتردد القضاة في فرضها والجهة الإدارية في تنفيذها.

ولما كان شأن عقوبة الإعدام من جهة قسوتها أو القول بمنافاتها للقيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حساباتها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التي تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها مطلقاً على إجماع أعضائها؛ أم كان جائزاً صدور موافقة أغليتهم؛ وما إذا كان توقيعها تحكماً؛ وما إذا كان فرضها اختياريًا. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجزئ أن يكون توقيعها واقعاً في إطار السلطة التقديرية المطلقة، ويتقضى أن تصاغ القوانين التي تفرضها في حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة-- وبغض النظر عن الأشكال الإجرائية التي تحيط بتوقيعها-- تعتبر في محتواها- عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك أن القول بقسوة العقوبة، من النفع الموضوعية التي تتصل بمضمونها. وهي قسوة تبدو متناهية في شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتنفيذها. وهي مدة يفرضها المحكوم عليه بها متربصاً لحظة إنهاء حياته وتكميره بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام في كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم -في بقائها- حقيقة تاريخية. بل إنها تناقض القيم المعاصرة وتزيد في قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهي كذلك عقوبة انتقائية أحياناً لاقتصر على الضوابط الواضحة التي تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز في مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة.

بيد أن المندائين بإلغاء عقوبة الإعدام، فاتهم إنها قصاص عادل في شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التي تقابلها، وهي جرائم خطيرة بطبيعتها تقض أمن الجماعة وتزعجها، ويتعين بالتالي ردع مرتكبيها.

٩٠١- تلك صور من القيم التي احتضنتها الدساتير، والتي لا يجوز المشرع أن ينتهكها وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن الدستور ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها، وجميعها مصالح يتصل صونها بكرامة الإنسان التي يناقها حمله على الخضوع للسلطة حتى لا ينطق، وللبأساء حتى ينزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان قطعاً تنحيًا أو تنكيلاً أو مصادرة للحق في الكلمة، أو الحق في الإبداع، أو الحق في تكامل الشخصية، أو الحق في حرية مفتوحة أبوابها، وفي وسائل للعيش تنهيا طرائقها، وإشكالا من الاختيار تعدد دروبها، ونواذ من المعرفة عريضة مداخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تختل حرمتها. فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التي تفرض ألا يستبعد، وأن يعمل، وأن يطور من ظروفه وملكانه، وأن يشق باجتهاده طريقه إلى حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالى إذا حزبه أمر.

٩٠٢- ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكفل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهر التطور فيها بأساليبها وبالأمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن يتقيد الإبداع بقيود لا ينطلق معها إلى الاتفاق الجديدة التي تعين أن يقتحمها، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه ثوباً وإطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صوره، منافياً للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية لأضراراً لا يجوز القبول بها، أو مناقضاً من وجه آخر، الفرائض الطمعية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كرامة الإنسان، ينفرع الحق في الحرية بما يؤمنها ضد القبض و الاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها في التعبير، وركائزها في العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها في الانطلاق بالخلق والابتكار إلى آفاق لا حدود لها، لتصفو حرية اللبدن والعلل والضمير، ولتكوين أسرة تكون هي الخطوة الأولى في التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تستلهمها النظم الديمقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع علي خلافها، وإلا نقض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، آخذين في الاعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق فعاليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردها إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يخلل ببناء الحق أو الحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو وسائلها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوما أن للنطاق المنطقي للحق أو الحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة فحواه ودرجة اخلال النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحدد قدر تأثيرها في أوجه لصاية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم.

### الفصل الثاني

### القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

#### أولاً

#### مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- ومواءم ورد النص على حقوق المواطنين أو حرياتهم في الدستور، أو في وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشرة، فإن تنظيمها بأداة أدنى من القانون لا يجوز. وإلا يتم ذلك بقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأقل في خطوطها الرئيسية، على أن تترك السلطة التشريعية التي تكبر بنفسها - ومن خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين - حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً حول مواءم جميعها بعد بصرها بجوانبها المختلفة، ونظرها في مطالبها ومزاياها، وقد تحققها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمان الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقاصده، خفياً وقاماً خلف جدران مغلقة. La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يمارس بعضها البعض، وتكون اتجاهاتها، وتتعدد مدخلها، وتتزامن القيم التي تدور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية تزيد ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح المتارة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة - على الأقل في المريض من خطوطها - لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغوطها أو بإغوائاتها؛ ولا أن تعطى مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حرة بطبيعتها، بعيدة عن الاندفاع أو السطحية، وقائمة على تحليل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً تهوراً أو استهواء<sup>(١)</sup>.

(١) Charles Debbsch ; Jean - Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e édition augmentée et corrigée, Economica pp.552-533



## ثانياً

احتجاز الدستور مسائل بذواتها لتنظيمها السلطة التنفيذية،لا يمتنع من تدخل البرلمان تشريعياً فيما سواها

وحسبى فى ظل الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ الذى اعتبر كافة المسائل التى لم يعود الدستور بها إلى البرلمان، من طبيعة لائحة<sup>(١)</sup>، بظل للبرلمان أن يشرع فى كافة المسائل التى يتولاها وفقاً للدستور. وهى مسائل قد تبدو محدودة فى نطاقها، ولكن يكفيها أنها تتناول فى بعض جوانبها تحديد الضوابط الرئيسية التى يباشر للمواطنون فى نطاقها حقوقهم وحرياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكفل بالتالى فعاليتها.

La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

## ثالثاً

بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمل السلطة التنفيذية فى حدود القوانين القائمة، وتحرص على تنفيذها فى إطار مسؤوليتها ووفقاً ولجباتها<sup>(٢)</sup>.

ومسواء احتجز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بتقرير القواعد القانونية التى تحكمها، أم تولى للبرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفرداتها، لتحيط للقوانين التى يقرها بكل شأن عام، فإن عليها ألا تطلق يدها فيما يتولاها للبرلمان أصلاً من الشؤون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنفذ قانوناً بما فيه تعطيل أو تعيد لأحكامه أو إعفاء منها؛ ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض غامض الأبعاد أو عريض الاتساع لتخول به نصها جانباً هالماً أو رئيسياً من الولاية التشريعية؛ ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديمقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التى لا تدخل

فى مجال القانون، تكون لها طبيعة لائحة

Les matieres autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaires.

(٢) يقع كثيراً أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، (إلا أن

هذا الأجل لا يعتبر محدداً بقاعدة أسرة لا يجوز تجاوزها، وإنما هو ميعاد تنظيمى فقط.

الاستئذان بها بما يحيلها أعجاز نخل خاوية لا قيمة لها سواء يقتل نواتها Nucleus أو بانتقاصها من أطرافها.

#### رابعاً

#### مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافياً أن توافق القوانين التي يقرها البرلمان نصوص الدستور في الأشكال التي تفرضها، والمضامين التي تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هي الخط الفاصل بين تصوراتها النظرية وحقلتها العملية. وتعين بالتالي أن يكون تنفيذ القانون ولقها في إطار المفاهيم التي التزمها الأمم المتحدة في مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التي منحها ميثاق حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية، وفي ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التي لها صلة بموضوع القانون، واختار أقلها إرهاباً<sup>(١)</sup>، وأقربها إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم في قائمة مغلقة. ذلك أن النص في الدستور على حقوق بذواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لغيرها مما يتصل بالشئون التي تعنيهم، وترتبط آمالهم بها<sup>(٢)</sup>.

وقاعدة اختيار البديل الأقل إرهاباً، هي التي قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال تقريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

أولاً: أن الحكم الشرعي -وكما كان تكليفاً- يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين دخلياً في وسمهم<sup>(٣)</sup>.

(١) يلاحظ أن اختيار البديل الأقل إرهاباً يندرج في إطار المفاهيم التي ألفت بها الشريعة الإسلامية التي تمنع إيقاع الناس في الحرج.

(٢) يقضى التعديل التاسع للدستور الأمريكي بأن النص في الدستور على حقوق يعينها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب في الحقوق الأخرى التي استبقاها لنفسه. انظر في ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, commentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

(٣) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق دستورية جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٧٩ - ص ١١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: لسن كان الاجتهاد حقاً لولى الأمر ينظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الحسول التى تلائمها إخماداً للثرثرة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن ولى الأمر ملزم بالآلا يشرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج" (١).

وإذ يقاضل المشرع بين حلول مختلفة فى شأن الموضوع محل التنظيم ليختار لمصمها لحكم العائلق القانونية التى تراجهاها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن تواءم الدستور.

### خامساً

#### القيود الجائرة على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس الدستور -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إجرائى يحدد لكل سلطة تخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً قيماً وحقوقاً لها مضامين موضوعية كفل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تنقد قيمتها أو تنحدر أهميتها. ولا تفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية فى أشكالها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقيم أسسها وتكفل إنفاذ مفاهيمها (٢).

ولا يجوز فى إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهديدها أو انتقاصها من أطرافها أو الهبوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديمقراطية (٣).

فذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء فى قانون أو فى قرار بقانون (٤). ذلك أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم القرار

(١) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق دستورية -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٦ من ١٩٩٧-٧٩٨ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية قاعدة رقم ١٢- جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- من ١٦٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧- من ٧٧٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤- من ٩٢٣ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق دستورية -جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٤- من ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

(٤) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بجلستها المقررة فى ١٩٩١/١٢/٧ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٨ ق دستورية - قاعدة رقم ٩- صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسيم بقوانين التى تصدر طبقاً لنص المادة ٤١ من دستور ١٩٧٣ لها بصريح نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناول القانون.

بقائهم كافة المسائل التى يجوز أن يتناولها القانون، وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون فى شأن المسائل التى ينظمها -على الأخص فى مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية- إلا أن قوة القانون تتحقق فى كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، ما لم تسقط هذه القوة فى الأحوال المنصوص عليها فى هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هى التى تكفل مساواة لقرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة فى مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، وأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغى التحوط فيه باعتبار أن كل قرار بقانون لا يتوافر فى إصداره الفرص الحقيقية التى للقانون فى مجال إقراره من حوال جاد يتم بالحياة والتفق، حول مضمون القانون والآثار التى يترتبها.

#### سادساً

#### التمييز بين قيود يفرضها الدستور

#### وبين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً فى مجال القيود على مباشرة الحقوق، التمييز بين نوعين من القيود:

**أولهما:** قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها. وهذه لا يجوز لأحد أن يعارض الدستور فيها، وإنما يتعين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، أيا كان قدر مقبوليتها أو أثرها على الحقوق محلها<sup>(١)</sup>.

**ثانيهما:** قيود يكون المشرع مصدرها للمباشر. وتتعدد صور هذه القيود لتراعى للمحكمة الدستورية الطابع جميعها فصلاً فى اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تكل بالدائرة المنطقية التى يعمل فيها كل حق. فالحق فى الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن فى الحقوق جميعها، كالحق فى العمل أو فى

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤١ - ص ٦٥٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (وبلاحظ أن من بين القيود التى يفرضها الدستور مباشرة تلك التى تتعلق بحق الانتخاب والترشيح ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب - على الأقل - من الرجال والنساء. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لصفراء الفلاحين و صفراء الحرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية للصناعة والزراعة أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق في الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازنها، أو بما يدمر أصلها. أو يحلها هباءً منثوراً.

#### سابعاً

##### ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون في وقت دون آخر ملائماً أو غير ملائم، ولا بالسياسة التي ينتهجها المشرع في مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها -ويصوغ على ضوءها- مفاهيم يناهضها الدستور<sup>(١)</sup>

ولا شأن لهذه الرقابة كذلك بالتعارض بين نصي قانونين يتحدثان أو يختلفان في مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لأحد القوانين، أو مخالفة قانون لقانون، يصم المخالفة بعيب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فيه.

ذلك أن ولايتها في المسائل الدستورية حذرة بطبيعتها، وتحملها على عدم الخوض في هذه المسائل كلما كان تجنبها ممكناً. فإذا وجد أساساً لإلغاء وإبطال نص قانوني، وكان أحدهما يستند إلى مخالفة نص قانوني لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانوني للدستور، فإن الذي على هذا النص بخروجه على القانون، يتقدم المخالفة الدستورية. ولا تتوافر للطاعن بالتالي مصلحة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

#### ثامناً

##### دائرة التآثر المتبادل بين الحقوق

لا تتفصل الحقوق التي ينص الدستور عليها أو التي يكتلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها -ركائز عام- تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها في الآخر. ومنها ما يعتبر مكملاً لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يقويها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التي نستلهمها فيما ندخل فيه من العقود، يبسطها أنها فرع من الحرية.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٨٨ - من ١٢١٢ - ١٢١٣ من

الشخصية. والحصانة التي يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، يتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التي تجردها هذه الحصانة من مشتملاتها<sup>(١)</sup>.

وحرية التنظيم النقابي بنشطتها أنها فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان في تكوين أسرة مؤداة أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبناؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التي كفلها الدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها في منظومة متكاملة لا يجوز أن يفضي المشرع بمصره عن بعض أجزائها. وإنما تتسلسل هذه الحقوق إلى بعضها، وتتبادل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمفاهيم الكلية التي تشملها، وبالعريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إيمان النظر في هذه الحقوق - على ضوء الصلة التي تربطها ببعضها - يدل على أنها تتوافق ولا تتعارض فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضماناً إضافياً لغيره، أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كإكمالاً لتطويره.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لازمها أن يدخلها المشرع في اعتباره فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها في حسابه، آل ذلك إلى تخبط النصوص القانونية في حركتها نحو تحقيق الأغراض التي تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما يفرض تشاهاً ويختل نسجها العام.

فحق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يتقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كإكمالاً لإنصافها وتفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفرض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين في الحصة الانتخابية لأرائهم في تطلقاتها، وإعلان كل منهم عن الأموال التي ينفقونها فيها ومصادرها، بما يكفل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيديتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

(١) القضية رقم ١٢ لسنة ١٠ ق دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٢ - ص ٩٠٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حق النقابة في أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها، لا ينفصل عن استنهاجها الديموقراطية لسلوبها وحيداً ينبسط على نشاطها ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فلا يجوز بوجه خاص إرهابها بقيد تعطيل مباشرتها لوظائفها، ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية محققاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تقييدها موقوفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تجل هذه الجهة نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه أكمل لتأمين مصالح أعضائها وللضال من أجلها.

#### تاسعا

##### تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحريةاتهم، ببطلانها جميعا

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هي المدخل لتحقيق الأغراض التي يتوخاها المشرع من تنظيمه للحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤدية عقلا لتحقيق الأغراض التي ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلا قلنا على التوهم وإنما يكون اتصالها بها حقيقيا ومنطقيًا في آن واحد. ويفترض ذلك في المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التي ينبغي أن يستهدفها أو التي حددها الدستور ورسومها.

فحرية التعبير هي الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصوصها، وبمسئوليتها قبل مواطنيها، ويراضها لكل قيد يخل بمصاديقها، وإستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبذائل يقاضلون بينها لاختيار أصلحها.

ومن ثم يتحدد مضمون حرية التعبير من مطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مضادة أدواتها، ولا فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يبرونها منافية لقيم محدودة أهميتها أو يحيطون ذيوها بمخاطر منتحلة

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ في دستورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٤٨- ص ١١٧١- ١١٧١ من الجزء الثامن.

يدعونها، وبوجه خاص لا يجوز اقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التي تروجها<sup>(١)</sup>.

ويناقض حرية التعبير بالتالي، أن ينظمها المشرع بما يجعل التناقضين بالكلمة، يخوفون من مغبتها عليهم. وفي ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التي تكفل تدفق الآراء وإسبابها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحول العام، يفترض تسليوها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، مؤداه حظر حجبتها أو تشويهها أو تزويرها<sup>(٢)</sup>.

### عاشراً

#### صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصل في حقوق المواطنين وحررياتهم التي لم يمنعها المشرع، أنها تدخل في دائرة المسباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التي يجوز القول بها في الدول الديمقراطية مجتمعاتها.

وكما كان الغرض من هذه القيود إزهاق مخاطر يخل بها النظام العام، تعين حصرها في نطاق الضرورة التي تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالاً في تقويض أو تقليص هذه المخاطر كافتلا تناسبها معها Nécessaire, efficace et proportionnée à l'importance du désordre وهو ما يقتضى النظر في أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التي تتناولها هذه المخاطر بآثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فإذا جاوزت تلك القيود بمداهما حقيقة المخاطر التي تولجها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إبطالها.

وتكون القيود على حقوق المواطنين وحررياتهم مناقية لطبيعتها ولمتطلباتها في فروض كثيرة يدرج تحتها:

(١) للضدية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق "ستورية" ص ١١٦٨ و ١١٧٠ من الحكم السابق.

(٢) ص ١١٧٠ من الحكم السابق.



أولاً: أن تمارس الإدارة سلطتها البوليسية لتطويع انتفاع المواطنين ببعض حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور أو القانون، على شرط إخطارها سلفاً بحزمهم على مباشرتها<sup>(١)</sup>، وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من الفرائض التي علق الدستور عليها هذه المباشرة. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا في مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بإعلان تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التي تتوخى قسمها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن تعلق الإدارة مباشرة بعض حقوق المواطنين على ترخيص سابقة L'autorisation préalable تصدرها وفق مطلق تقديرها لمنحها أو منعها بإرادتها بما يناقض حقيقة أن فرائض هذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التي تعوق مباشرتها.

ولئن جاز القول بأن الحصول على هذه التراخيص قد يكون ضرورياً كشرط لمباشرة بعض المهن، وأضمان حق المواطنين في صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التي لا نزاع في أهميتها وضرورتها في هذه الأحوال، حدتها قواعد الدستور<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: أن تكون القيود التي فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرياتهم التي تنظمها، تزيد وطأتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة في شأنها. ذلك أن القيود الأشد التي

(١) كان تجمل عقد اجتماع معين، متوقفاً على إخطارها سلفاً بالاتجاه إلى عقده، حتى إذا حضره المجتمعون تعبتهم في أوزانهم أو هددتهم في حريتهم، أو بشرت ضدهم بتكبير قسمة لصلهم على فاض الاجتماع. كذلك يناقض شرط الإخطار المسبق، المضمون الصحيح للحق أو الحرية. إذ لا يدخل هذا الإخطار في مكوناتها، ولا هو من متطلبات إنفاذها. ويتعين بالتالي أن يعامل كشرط مضاف يمثل أربق الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقهما لأهدافهما.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٥ إبريل ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٤٦ - ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) يرفض المجلس الدستوري الفرنسي تطبيق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تناول الآراء والأفكار على ترخيص مسبق L'autorisation préalable ولكنه يجيز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتلفزيون. C. C. 86-217 DC, 18 sep. 1986, R.p 141. ولا كذلك منع الإعلان عن الطبايق أو المواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يخل بفرض تسويقها ويضر بحقوق الملكية وحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن.

C. C. 90-283 DC, 8 Janv. 1991, R.p. 11.

تفرضها السلطة التنفيذية، تلور اتحافها فى استعمال سلطتها وترفق المخاطبين بها دون مقتضى.

رباعياً: أن تفل الإدارة بالمجال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التى تصدرها بإرئتها المنفردة، والتى لا تتوافر لها الإجراءات المطولة والبطيئة *Lente et longue* التى تستغرقها عملية صناعة القانون. ذلك أن البرلمانيين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحتوئها مشروع القانون المعروف عليهم، وينظرون فى مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانيون يوجهون ذلك كله من خلال آراء وطرحونها علانية -رغد تتناقض فيما بينها- *Une débat public et contadictoire* على ضوء فهمهم لإبعاده، ولحقبة المصالح التى استهدفها، ليخرج القانون -بعد إقراره وإصداره- فى الصورة التى أرادوها. فلا يكون إلا تعبيراً غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التى يفترض ألا تنقسم بالاندفاع أو الإمال. وتكفل قواعد القانون للمجردة، مساواة المخاطبين بها فى مجال تطبيقها. كذلك فإن تعمق البرلمانيين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاء المحيدين كلاء لحقوق المواطنين وحرياتهم<sup>(١)</sup>.

والقانون فى كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما -ر هو الأعلى بحكم تشكيلة- غير ضمان لمزيد من البحث، ولروية أعمق وأشمل<sup>(٢)</sup>.

خامساً: أن تصدر السلطة التنفيذية تشريعا وقائيا يخلوها إتخاذ تدابير مائعة *L'interdiction* تصدرها فى نطق سلطاتها البوليسية، كحظرها لتظاهرة فى الطريق العام تفل فى نظرها بالأمن. وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائيا فى أوامرها المائعة، لا يوقف تنفيذها، وإن الحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراخياً<sup>(٣)</sup>.

#### حادى عشر

#### أهمية تنظيم القانون لحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية

يقيد القانون حقوق المواطنين وحرياتهم، ويؤثر بالتالى فى كيفية مباشرتهم لها، وفى نطاق تفل السلطة التنفيذية فى مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التى تتخذها فى حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التى تنقسم بموم تطبيقها.

(١) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(٢) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, Droit constitutionnel et Institution politiques 3 e édition augmentée et corrigée, Economica, p. 545.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et libertées fondamentales, 5e édition, pp. 105-112.

كذلك فإن حقوق المواطنين وحرياتهم بتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التي يفرضها المشرع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل واجهة للسلطة التنفيذية يجيبها إلى نزواتها، ويفوضها في الخطير من الشئون التي يتولاها، ويعهد إليها - فيما يقره من القوانين - بتفصيل مبادئها الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التي انساق البرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتخلي لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعة للبرلمان Un pouvoir subalterne تعمل في إطار النظم القانونية التي يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وحفيها، وفي ذلك خروج على مفاهيم الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

### ثاني عشر

#### التنظيم الأولي لحقوق المواطنين وحرياتهم

قد يتعلق الأمر بحقوق المواطنين تعتبر من قبيل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانون إلا تقريراً لحقيقة قانونية هي أنها أولى من غيرها بالحماية. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا يفصل وجوده عنها.

وقد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتبعها واستعصائها بالتالي على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق - التي تدرج الحرية الشخصية تحتها وكذلك الحق في الحياة، والحق في التنقل وإرادة الاختيار للدخول في العقود الملائمة أو الضرورية - مرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالتناس جميعهم - وعلى تباين ملكاتهم وخصائص تكوينهم النفسي والعقلي - كانوا يتمتعون أصلاً بها قبل انخراطهم في تنظيم اجتماعي مما قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، ولتأمين المصالح التي التي تضمنهم إلى بعض في مجال مباشرتها.

### ثالث عشر

#### نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصر حقوق المواطنين وحرياتهم في تلك التي نص عليها الدستور أو التي كفلها المشرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقررة دستورياً وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمناً تحتها ويعتبر من مضمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

(١) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue démocratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسية يتأبى على حصرها في قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحة لكل جديد يكملها ويطورها.

وإلى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصورها لتحيط بها في كل تطبيقاتها. لا فارق في ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعيار مرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية أقرها المشرع في قوالب جامدة لتوحيد الحكم القانوني في شأن الصور المختلفة لتطبيقها<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ولاحظ أن من صور القواعد الجامدة التي يلجأ إليها المشرع لتنظيم الحقوق، حدود النخب في بيع عقار القاصر وجزاء العلول عن العربون وفوائد التأخير. وتقوم معايير الإكراه والاستغلال المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك ما يعتبر غلطاً جوهرياً أو تلبساً، أو باعاً دالماً إلى التعاقد، على ضوابط مرنة تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

### الفصل الثالث

#### السلطة التشريعية بين التفكير والتقدير

#### المبحث الأول

#### الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم

#### المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملائمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن ترسم في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلاً، ومولياً لاختصاص البرلمان فيما نقره هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تبائر في هذا الفرض ولاية تشريعية بناء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لنشرع فيها مثلاً يشرع البرلمان في المسائل التي ألفرد الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية. فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ماعداءها -على ما تنص به المادة ٣٧ من هذا الدستور- من طبيعة لاحية لتفرد السلطة التنفيذية بها، فلا يزاحسها البرلمان فيها.

وهذا الاختصاص الموزع في نطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، تؤكدته المادتان ٣٧، ٣٤ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

#### مادة ٣٤

يقترح البرلمان على القوانين.

يحدد القانون القواعد المتعلقة بـ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة؛
- وفرض النفاذ الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأهلية الأشخاص والنظم المالية للزوجين والميراث والهيئات.

- تحديد الجنايات والجرح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والعفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومعدلها وشروط رد كافة الفرض أيا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

### ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان والهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وبتحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العلمية؛ وكذلك القواعد المتعلقة بضمانات الموظفين للمدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ ولإدارة الحرة لوحدة الحكم المحلي واختصاصاتها ومواردها؛ وللتعليم؛ ولنظام الملكية وللحقوق المدنية؛ وكذلك لكل التزم -مدنيا كان أم تجاريا- وللحق في العمل؛ وللحق في التأمين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التخفظات التي يبينها قانون عضوي. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تحديدها وتكملتها بقوانين عضوية.

### مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولى: تعتبر من طبيعة لائحية، كافة المسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون وتبين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان للتدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي واقعا بعد دخول هذا الدستور في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

### ويبين من نص المادة ٣٤:

أولاً: أن اقتراح البرلمان على القانون، مؤداة أن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اللذين يكونان البرلمان معاً. وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في صياغة الاقتراح على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقرر على القانون، والحكومة التي تباشر سلطاتها التنفيذية من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه لا يباشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي أقرده الدستور بها، لينحل ماعداها في لطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لاجحية.

وهو ماعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement énumérées ليتولاها البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، مؤداة أن تنقسم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم compétence du droit La commune. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالي أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شئ إلا أن يحول الرجل إلى امرأة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، علي أن كل النصوص القانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلا في ولاية السلطة التنفيذية عملا بالفترة الأولى من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

فإذا أقر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور نصوصا قانونية تدخل في المجال اللاجحي وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن لهذه للنصوص، طبيعة لاجحية.

### المطلب الأول

#### نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- وسواء تعلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها -التي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنفيذاً لأحكامه- كوائح الضبط، واللوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة؛ وسواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعي لولايتها؛ فإن الرقابة القضائية تنبسط على كافة للقواعد القانونية التي تصدرها، وذلك في الدول التي تفرض هذه الرقابة علي النصوص القانونية جميعها، أيا كان موقعها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محاكم مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يتصل بانحرافها في استعمال سلطتها، إلا أن النصوص اللاتحجية جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها للمستور بعد عرض هذه المخالفة على الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية، وتيقننا من صحتها.

وسواء تعلق الأمر بالشط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية اللاتحجية للمستور، فإن الجزء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التي جاوزت بها الإدارة حدود سلطتها، أو إبطال القواعد القانونية التي خرجت بها على حدود الدستور.

### المطلب الثاني

#### نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشبيهاً أو إملاء. وإنما التقدير نقبض كل تحكم -ولو لم يخطط بالأهواء- بل كان قرين للنزق والانتفاع.

ويفترض لجواز التقدير دستورياً أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ليختار أظنها تقييدا للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافاً أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقها من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال والتعمل. فلا تتفصل الحلول التي ينتقيها عن واقعها وكأنها تطلق في الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صواباً. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بديلاً تراه هي أكثر ملاءمة أو أجدر قبولا. وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق أمرين:



أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه. ثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور، ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط للنصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها -لما كان قدر اتصالها بأهدافها- ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة، لا تقديرية.

٩١٠- وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عرصها، لتفظها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" الصادرة عنها بجلستها المعقودة في ٢٠٠١/١٢/٩<sup>(١)</sup>. إن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حدين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجباً، وثانيهما بما يكون نهياً.

ولعل ما قصد إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهاء عن عمل، فلا تكون لأمرالدستور، ونواحيه، إلا قيوداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا التزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

#### ٩١١- وقضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولهما: إن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواحيه، تنفذ بتنفيذها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواحيه التي غنيهاً ألا تقر بها. ومن ثم يكون واجبها

(١) لم ينشر بعد هذا الحكم: ونص عبارات الحكم هي: <<إن الدائرة التي يجز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هي الفترة التي تقع بين حدى الوجوب والنهي الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التي تنظم موضوعاً واحداً، تمييزاً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص القانوني الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تبين أن النصوص التشريعية في مجالها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بذاته إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حال دون التطور التشريعي>>.

مصرفاً إليهما معاً، ذلك أن أوامر الدستور حمل لها علي أداء عمل معين، ونواهيها حمل لها على اجتنابه، ليكون الأمر والنهي ولجبين على السلطة التشريعية.

ثانيهما: أن للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

\* فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة واجبا وفقا للقانون، أو يقرر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل التجنيد إجباريا وفقا للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

وفي هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذي تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعا للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر اتصالا بحقوقهم وحرياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي ييسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأسا، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحرياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تعدتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التنمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاض، والحق في النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقاً منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التعديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيدا من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالمعامل الذين يضربون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسكوتا عنه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقا ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتبلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم نمطا جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينطلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة تنداح دائرتها يوما بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورهما بعيدا عن الألمان<sup>(١)</sup>.

\* وقد يعطى الدستور لומר مباشرة للمشروع في موضوع حده، فلا يكلفه لفظ بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاء عن عمل معين، كان يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الاطلاع عليها أو رقابتها (إلا بأمر قضائي يكون مسببا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إذلالها أو وقفها أو إلغائها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إيذاء كل مواطن بقبض عليه أو حبس أو تقييد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيذاء بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -رفيما عدا حالة القلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية التجارة والصناعة، ولا المساواة في المعاملة على صعيد الملتحق الاقتصادية، ولا شرط التوجه في الإجراءات الإدارية *Lo procedure contradictoire er matière administrative*، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصفة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عنوانه دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة -تطبيقات وتطبيقات تحت إشراف كل من القيمين Gerald Conac; François Luchaire وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تعدد درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبيلما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها [C.E. 4 fev. 1944] فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إيمان النظر فيها على إنها جميعها تعمل في إطار منظومة متكامل حلقاتها وتتصافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالى تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذى يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الاطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التى تحملها. ويتعين بالتالى أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مخالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية فى ذلك، شأن وسائل الإعلام التى تنصدها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التى تعمل فيها، واتصالها بالتالى بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيرا مناونا للدولة.

وتظل رسالتها التعبيرية ولقعة فى إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون أروهم جزءا من مطبوع داعر تنعم قيمته الاجتماعية، ولا يتحضى إلا فضا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هى الخلفية التاريخية والإنسانية لعلم جواز إيذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافى آدميته بالنظر إلى شئونها أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالى أن ينظر فى مدة العقوبة أو المعاملة التى لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها فى الضمير الحر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التى تمنع فى صورتها أو فى خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها المعاصرة.

فنحن إذن فى إطار نواه لا تصل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما فى إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل الدستور فيما أتى به من نواه، واقعا فى إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن المشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التى تسعها، وتعتبر من تخومها.

\* وتبقى بعد هذا الصورة الثالثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحياتهم التي ينص عليها، لنعمل في الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإنما يعطوها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تكهدم لتخور قوامها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تدخله في الدائرة الداخلية لهذا الحق، وهي التي يتفلس من خلالها، وينبض معها بالحياة . ويدولها بصير الحق هلمدا.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقيدها.

٩١٣ - ولزم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قديين:

أولهما: ألا يكون تنظيمه للحق مجافيا حقيقة محتواه، أو منصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التي يقرها ، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها الدستور بها.

وبذلك هي منطقة الدلائل . التي ترافقها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأقل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستلزم بها هذا التنظيم.

٩١٤- فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين حدى الوجوب والنهي على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقدير في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، النائية عن اندفاع التحكم، والمولفة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تنطق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يعتبر ولما في إطارها.

### الفصل الرابع

#### الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني

٩١٥- بحكم شرط الحماية القانونية للمتكافئة، المراكز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا تتناثر أجزاؤها، بل تتولق بما يكفل تولفها.

وهو يكفل عين الحماية لهذه المراكز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرا مباشرا، أم كان نص القانون هو أداة إنشائها المباشرة.

لحق عمال القطاع العام في أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح للصافية لمشروعاتهم، صار النص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها ورتب عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالي في أي التزام إنشاء المشرع مباشرة بنص قانوني خاص، أن يكون هذا الالتزام مبهما، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من أثره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مده. وذلك سواء كان الالتزام القانوني بإعطاء شيء أو بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل. إذ يتولى النص القانوني الخاص -في هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانوني، والدائرة التي يعمل فيها، والآثار التي ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص في الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأقرباء في النفقة، وحق الدولة في الحصول على دين الضريبة من الممول، وکالتزام الجار بالآبهيم حائطا يستتر به جاره دون عذر قاهر.

ويتعين القول بالتالي بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانوني، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذي أنشأه.

٩١٦- وقد أثير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يتعلق بحق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

### أولاً: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص على أن تجنب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعمالها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي - المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ - وقضى في مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنتفعة بأحكام هذا القانون من حكم البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على الموظفين والعمال طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذي قضى في الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وفي فقرتها الثالثة بأن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على العاملين بها طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص للفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضى بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تحددها الجمعية العامة لكل شركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد على الأجر السنوي للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيراً صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغياً - بنص مادته الرابعة - قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

### ثانياً: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤؛ ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩؛ ٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول -وهو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤- بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي- هو القانون الوحيد الذي لم يضع حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإنما فوض مجلس إدارتها في أن يقترح مقدار الأرباح التي تؤديها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تنظر الجمعية العامة للشركة في هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذاً في حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانونان رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو ٢ لسنة ١٩٩٢، اللذان فرضا حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها -ربما لا يقل عن هذا الحد الأدنى- طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها الجمعية العامة.

٣. وهذا الذهب هو ما احتداه كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه في شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولاً به، إلى أن قرر المشرع إلغائها وإبدالها بحكم يناقضها في كافة القوانين اللاحقة المنظمة لاستثمار رأس المال العربي والأجنبي، وهي القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢ و ٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتي كفل المشرع من خلالها حق العمال في حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهي الحصة التي تتصل للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلفية من ضمانتها لعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التي تفوض مجلس إدارة الشركة في اقتراح مقدار الأرباح التي توزع على عمالها وتدخل الجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها في ذلك.

### ثالثاً: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للدستور

ولا شبهة في مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للدستور. ونلك من الأوجه الآتية:



أولاً: إن نص هذه المادة أنشأ للعمال حقاً في أرباح المشروع الخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذا كان مقدار الأرباح التي يجوز توزيعها عليهم، يتمثل في مبلغ من النقود تؤديه الشركة إلى العاملين فيها بوصفه ديناً في ذمتها، فقد صار الشيء الذي تلزم به - هو محل الالتزام - واقعاً في إطار علاقة مديونية تربطها بذاتيتها. وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالي في أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدرها المباشر، أن يتولى تعيين كافة أركانها - بما في ذلك محلها - غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة المدين محل إرادة المشرع الذي يختص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانوني. ذلك أن فرض الالتزام وتخويل المدين حق تحديد مقداره، أمران متناقضان.

يؤيد ذلك أولاً: أن تحديد حق العمال في الأرباح لا يتأتى إلا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح علقاً إليهم لبالقوا فيه. ولو كان هذا التحديد معلقاً على إرادة المدين لحل محل مقدار الأرباح التي يوزعها على العمال الدائنين بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر للالتزام المدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءاً من الأرباح التي حققها - وعلى الأقل حداً أدنى من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصتهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تسميةً على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشيء الذي يلتزم المدين بالتقاي به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملاً أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكناً لا مستحيلاً.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يمتنع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون أيضاً معينة بنوعها ومقدارها.

وعلا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني، فإن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره.

إذ كان ما تقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع للخلص في الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصهم منها،

ولو لم يحدده الأئمة؛ فإن هذا النص، يكون قد أُنشأ حقاً بغير مضمون، وصار مخالفاً للمستور بالتالى.

ذلك أن محل الالتزام المفروض فى نمة المشروع الخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهولاً فى مقداره، وعصباً على التحديد. فلا يكون ديناً متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجميعته العامة -رهما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التى يلتزم بأن يؤدبها إلى العاملين فيه، وفى ذلك تفويض من المشرع للمشروع فى أن يقرر ببلادته المنفردة ما يخصهم من الأرباح التى يحققها، ليكون تحديد مقدارها موقوفاً على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يبرر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخائفة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقيق المشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيباً فيها للعمال، تعين أن تكون حصصهم منها محددة بنص القانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالى أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العمال من هذه الأرباح على وجه اليقين، وعلى الأقل فى حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشيء الذى يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يبين المشرع هذا الشيء حتى يرتبط به التزام المدين.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا التى عرض عليها أمر الفصل فى دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها<sup>(١)</sup>، لم تقرر مخالفتها للمستور تأسيساً منها على أن نص المادة ٢٦ من المستور التى تخول العمال حقاً فى أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها فى العاملين فى القطاع العلم. وفاتها أن الفصل فى دستورية نص قانونى، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن فساد الحجة التى قام عليها وجه النعى، لا يجوز أن يمنعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص المستور بنماها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغى عليها بالتالى أن تعطى لكافة الحقوق التى ينشئها نص القانون بطريق مباشر، دلالتها التى لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس المشرع أن ينقض حقوقاً أحدثها، ولا أن يحيلها ركاباً من خلال تحويل المدين تحديد درجة تقيده بها.

(١) انظر فى ذلك حكمها الصادر بجلستها المنعقدة فى ١٢/٧/٢٠٠١ فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إعمال الحقوق التي لا نص عليها في الدستور، مثلما هو الأمر في حق عمال القطاع الخاص في الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، تعين أن يتولى هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطق الأثار التي ترتبها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فإنهم قد يتلقونها من المشرع<sup>(١)</sup> بفرائضها المنطقية التي لا يندرج تحتها تخويل المدينين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك إحداثاً من المشرع لالتزام مستقل للمدين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ مؤداه أن ثمة قواعد تطو على الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يخل بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التي ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها لهما نققد به مغزاها. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدارها بيد المدين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدين، ولا التزام بغير حدود تبين الأركان التي يقوم عليها، ومن بينها ركن المحل الذي لا يقوم الالتزام القانوني إلا بتحديد.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكافئة لا يضمن فقط

الحقوق التي نص الدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكمها في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة

رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حرفياً:

"منحى مبدأ المساواة أمام القانون - في أسس بنيان - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتأه كائناً ما كان للصالح العام".

### الفصل الخامس

#### الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تقتضى الديمقراطية إشهاد المواطنين في إدارة شئونهم وإشرافهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما ينقض السيادة الشعبية في مضمونها وأغراضها. وهو ما كان قائما في مصر الفرعونية، ونبتته النظم الديمقراطية في تطورها الراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التي تنص بعض دساتيرها<sup>(١)</sup> على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يباشرونها فلا تكون وفقا على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشر المواطنون السيادة بأنفسهم وإن كانوا يملكونها - وإنما ينيبون عنهم من يمثلونهم في الهيئة النيابية ويطون مطهم في مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولى أعضاء هذه الهيئة لشؤونها محددًا حركتهم لدخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقيدين بتوجيهاتها Mandat Imperatif<sup>(٢)</sup>. إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة في القانون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصرة التي تخول أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يروونه حقًا، كإفلا لأمتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل الثام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتدخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكلها دائرة إقليمية واحدة تتضمن مصالحها، لا فرق في ذلك بين ناخبين منحهم أصواتهم، وآخرين حجوبها عنهم<sup>(٣)</sup>.

وهذه الديمقراطية التمثيلية التي تحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التي ارتبط وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة في رقعتها وعد سكانها، والتي تنتم كذلك بحدرة المسائل التي تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هي التي صار لها فضل تحقيق

(١) انظر في ذلك الدستور الفرنسي لعام ١٧٩٢ الذي تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة في الشعب وكذلك نص المادة الثانية من الدستور السنة الثالثة التي قضى بأن المواطنين في مجموعهم هم مصدر السيادة الشعبية.

(٢) تنص المادة ٢٧ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ ببطان كل وكالة إلزامية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصي.

(٣) وهو ما يجز عنه بأن الفائز في الحملة الانتخابية لا تنتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها.  
L'elu n'est pas élu par la circonscription, mais dans la circonscription.

التقدم في مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية الفائزة بالمقاعد البرلمانية على خصومها، يمثل أخطر عيوبها.

وصح القول بالتالي بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم في جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية في تحديد خياراتهم في المسائل التي يناقشونها، ولتتجاه وسائلهم في عرضها وإيداء رأيهم بشأنها، لا يخضعون في ذلك لغير ضمائرهم، ولا تتحيزهم هيئة الناخبين عن المهام التي يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا وقتها فيهم. وهو ما آل في النهاية - ومن وجهة نظر واقعية - إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، والنظر إلى من يباشرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حل أن النظم التمثيلية تفترض للفصل بين السيادة في صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالذين يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تتحول السيادة إليهم من خلال حق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين. فلا يفارقونها ولا يخرج زمامها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه<sup>(١)</sup>. فلا يمنحونهم تقديماً من جديد بعد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إيداعهم بآخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية في جوانبها الأكثر أهمية.

وأياً كان قدر الأهمية التي بلغتها النظم التمثيلية في كثير من الدول، إلا أن الاستثناء - كتعبير عن السيادة الشعبية المباشرة - لا زال قائماً كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمريين:

أولهما: أن الحقوق السياسية جميعها في بلد ما، ترتبط قيمتها الفعلية بالطريقة التي تباشر بها، وإمكان تأثيرها في الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

ثانيهما: أن الديمقراطية لا تتحدد وفق أشكال تتألف حقيقتها. ذلك أن استفاءها لشرائط وجودها، يسطحها الحياة التي ترجوها. ويتعين بالتالي أن يكون للديموقراطية من واقعها وتطبيقاتها ما يلتزم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد في الدول التي تبناها محكمة

(١) الشفافية والمحاسبة Accountability من بين العناصر التي تقوم عليها الديمقراطية في المفاهيم المعاصرة.

دستورية، مثلاً هو الحال في المحكمة المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاستفتاء - وهو الطريق المباشر للسيادة الشعبية - مجرد قناع تقتصر السلطة وراءه لتخفى ديكتاتوريتها، وإنما تُحدد أهمية الاستفتاء كلما كان مدخلاً حقيقياً لاستطلاع آراء هيئة الناخبين في موضوع معين، فلا يكون زائفاً، أو مشوباً بالغموض، أو مضطرباً مقاصده.

### المبحث الأول

#### صور الاستفتاء بوجه عام

يكون الاستفتاء إما تأسيسياً أو تشريعياً؛ إلزامياً أو اختيارياً، منتهياً إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغياً بعد صدوره لبعض أحكامه، متطفاً بمعاودة دولة للدخول فيها من خلال التصديق عليها أو الإضمام لها، أو كلاً للرجوع إلى الجماهير لتحكيمها في نزاع قائم بين سلطتين.

ويعتبر الاستفتاء تأسيسياً إذا تعلق بموضوع من طبيعة دستورية. فلذا كان موضوع الاستفتاء قانوناً أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

### المطلب الأول

#### صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- وفى مصر يتم الاستفتاء وفقاً للدستور فى الأحوال التى حددها وطبقاً للشروط التى بينها، وهىما يلى عرض لها:

### أولاً

#### الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات المريعة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بياناً إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها.

### ثانياً

#### استفتاء المواطنين فى شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملاً بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم الترشيح فى مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء. فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتتبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذلتها.

### ثالثاً

#### الاستفتاء لفرض نزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية

نصص المادة ١٢٧ من الدستور على أن للمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسؤولة رئيس مجلس الوزراء. ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وفي حالة تقرير المسؤولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس في هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة للاستفتاء الشعبي. ويجب أن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتنفذ جلساته في هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلّاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

### رابعاً

#### الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء<sup>(١)</sup>.

(١) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس الشورى. ذلك أن المادة ١٠٢ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطاً لازماً لحل مجلس الشورى إذ يكفي لعله أن تتوافر ضرورة لهذا الحل.



خامساًاستفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لرئيس الجمهورية استفتاء المواطنين- وعملًا بنص المادة ١٥٣ من الدستور- في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا.

سادساًالاستفتاء كحلقة إجرائية لتعديل الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل. فإذا كان الطلب صادرًا من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقعًا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل، ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثًا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه. فإذا وافق على التعديل، اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

المطلب الثانيالتمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم في هذا الموضوع قبولاً أو رفضاً Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى في موقعه في السلطة أو ليخرج منها Plépiscite. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالسؤال المطروح على هيئة الناخبين للحصول على رأيها في موضوع معين، يقتضيها أن تعن رأيها في هذا الموضوع على ضوء قدر نفعها في الجهة التي طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائماً بالمهام التي يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها في السياسة التي ينتهجها على ضوء قدر نفعها في طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التي يتولاها.

المطلب الثالثالجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- ما لم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختياريًا. والأصل أن يبين الدستور الجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التي يحددها. فقد يعهد الدستور إلى رئيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يخوله لعدد من المواطنين إذا طلبوه، وكان طلبهم لإجراؤه موقعاً عليه منهم<sup>(١)</sup>.

ونادراً ما تجرّبه السلطة التشريعية حتى لو خولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجته قد تستطفا، أو على الأقل قد تظهر للضيق بها<sup>(٢)</sup>.

وتحرص بعض الدول على أن تتواءم حتى لا تتمزق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة<sup>(٣)</sup> لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخذ المملكة المتحدة موقفاً عدائياً من الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراه آخرون تعبيراً هواجسياً أو ديماجوجياً عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة في أعراقها ووطئها وثقافتها، للاستفتاء إلا في النادر من الأحوال حتى تبدو غير منقسمة على نفسها في الموضوع المعروض عليها.

وقد يتناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو للدخول في أحد الأحلاف الأجنبية أو في شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالتراجع إليهم لتحديد موقعهم من هجرة بعض الأجانب إلى وطنهم.

وفي كثير من النظم المعمول بها، لا تعرض دستورها أو تعديلاتها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها في إقرارها أو رفضها<sup>(٤)</sup>.

(١) في سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تأسيسي لإمكان المضي فيه، وفي إيطاليا يجب أن يكون الطلب موقعاً عليه من خمسمائة ألف مواطن.

(٢) في الدانمارك يجوز لثلاث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبي. وكثيراً ما ينتهي هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأقلية البرلمانية.

(٣) انظر في ذلك دستور الاتحاد السوفيتي المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

(٤) انظر في ذلك الدستور الكندي لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء في كندا في ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضى قانون صدر لهذا الغرض حول بقاء مقاطعة كيبك في الاتحاد الكندي أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت في صالح بقاء هذه المقاطعة في الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستقل على أساس أن هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

المطلب الرابعالأثر القانوني المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دققة يعمل فيها. وفي نطاق هذه الدوائر، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل نقترح السلطة التشريعية -أغلبية ثلثي عدد أعضائها- إجراءه في الدستور، مؤداه أن يصير هذا التعديل نافذاً -لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التعديل- ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوباً قراراً به.

وعرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية وفقاً للنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتاءهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها -بأغليبيتهم المطلقة- على هذه التدابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضاً لها.

وعرض النزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية على المواطنين لاستفتاءهم في مسؤولية الوزارة عن موضوع معين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة للوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الأثر القانوني المترتبة على استفتاء المواطنين في بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الآثار بما يحيط بها. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تحويل رئيس الجمهورية، الحق في استفتاء المواطنين في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فإن هذا القانون لا يعتبر معصوماً من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ ولا منطويماً على تعديل لأحكام الدستور القائم.

وإذا قيل بأن السيادة تستند للمواطنين في مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصدرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التي يمارسها هؤلاء ويحمونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حدها قواعد الدستور التي تسمح حتى على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها لنتيجة الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأي قانون نقره السلطة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين. فلا هو فوق الدستور، ولا في قوة أحكامه، ولا في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن القوانين التي نقرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها من القوانين التي نقرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالي درجتها لا تلوها، وإنما تساويها.

على أن سكوت الدستور عن بيان الآثار القانونية للاستفتاء في أحوال معينة، لا يعني أن تحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الآثار في إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يتعين أن تحدد هذه الجهة تلك الآثار، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التي معها الاستفتاء.

فإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فإن الضمانة التي كفلها الدستور لهذه الحقوق هي التي تسود. إذ لا يتصور أن يكون المواطنون قد قصدوا حقيقة إلى الانقراض من حقوقهم التي كفلها الدستور، ولا إلى تقليص ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقاً تزيد عن تلك التي صانها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرهاباً بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بما موداه أن حقوق المواطنين وحرياتهم التي يدور الاستفتاء حولها؛ إما أن تلو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها. ولا يحيلها الاستفتاء في الصورة الأولى إلى حقوق تسمو على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يعصمها الاستفتاء في الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذي قننها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

### المطلب الخامس

#### شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعين دائماً في كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المتعلق به على نحو يكون به مستقيماً Uprightness ومباشراً، فلا يكون ملتوياً مضللاً La Condition de Loyauté، ولا مشوباً بالخوض لينهم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقيد أو لاتواء الصيغة التي أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعاً بين عناصر

مختلفة يستحيل التوفيق بينها، وكأنها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بنمائها -وكيفاء عيوبها- أو أن تترك في كل أجزائها<sup>(١)</sup>.

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل مختلفة لا تتوافق أجزاؤها، ولا تتلاقى في أهدافها، فلا تتحد في سمجها. وهو ما يبطل عملية الاستفتاء التي يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع المعروض على هيئة الناخبين جملعا بين الأشياء ونقائصها، لتتناثر أجزاؤه جميعها.

وحتى إذا حاول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التي تنضم بالتناقص إلى بعضها، فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض حقيقتها، بعد تسليمها عليها، وحملها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التي ينفرون منها، بتلك التي يميلون إليها بالنظر إلى جانبيتها. وفي ذلك إذعان لا يليق.

ويتعين بالتالي أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة - مادية أو قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها. فلا يتخبط أحد في فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوء نتيجته.

(1) C. C. 87 - 226 D.C. 2 Juin 1987. R.p. 34.

### المبحث الثاني

#### في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة

#### القضائية على الشريعة الدستورية

٩٢٣- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذي رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والغرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفاتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طسحت لى الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالى لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإنما نظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور، فنفتقد بأحكامه، وتخضع بالتالى للرقابة على الدستورية التي نتولاها هذه المحكمة<sup>(١)</sup>.

وعلى نقض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستورى الفرنسى الرقابة القضائية التي يتولاها، إلا على القوانين التي لقتزع البرلمان عليها، لتحصص عن القوانين التي روفق عليها فى الاستفتاء Les lois référendaires. على أساس القوانين فى الصورة الأولى تعبير غير مباشر عن السيادة الشعبية، ولكنها تعبير مباشر عن هذه السيادة فى الصورة الثانية<sup>(٢)</sup>.

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ -قاعدة رقم ٥١- من ٣٠٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويستمد المجلس الدستورى الفرنسى ولايته فى شأن النظر فى انتظام العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها من نص المادة (١٠) من الدستور الفرنسى التي تخوله هذا الاختصاص والتي جاء نصها كالآتي:

Le conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

peuple français a la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

#### ٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية

(أ) يلاحظ أولاً أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل بعينها، وإن كان أسلوباً نادر الوقوع في الحياة العملية؛ إلا أن حرمان الجهة القضائية من فرض رقابتها على القوانين الاستثنائية يصممها من الرقابة المحايدة التي يباشرها هذه الجهة. وهي بعد رقابة تشدّد الحاجة إليها وتتعاطم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتناول في الأعم من الأحوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تواجه أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كذلك التي تؤثر في نطاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

(ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطناً لتمرير نصوص قانونية تروبو سوءاتها على مواطنيها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تواجه بها أوضاعاً لها خطرها، بل نهجا متواصلاً لهم الشرعية الدستورية، وخرقاً لمطالباتها.

(ج) وقد نقوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو في بعض أجزائها؛ كأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التي حظرها الدستور؛ وكان تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التي أدخلها الدستور في نطاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فلا يكون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلماني مع فارق هام، هو إخضاع القوانين التي يقرها البرلمان للرقابة القضائية في الوقت الذي تتحرر فيه القوانين الاستثنائية منها، لنتهيأ للسلطة التنفيذية فرص التدخل في العملية التشريعية بصورة أكبر وأشمل تتغصن بها الحدود التي رسمها الدستور لولايتها، إخلالاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

(د) كذلك تمثل التفرقة التي أجراها المجلس الدستوري الفرنسي بين القوانين الاستثنائية وغيرها من القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها. وهي وجهة نظر يجيبها أنها تفترض علو القوانين الاستثنائية في مرتبتها على القوانين البرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسي التي لا تعيم تدرجاً هرمياً بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية<sup>(١)</sup>.

(١) تنص المادة ٣ من الدستور الفرنسي على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب، وهو يباشرها من خلال نوابه وعن طريق الاستفتاء.

(هـ) وإذا قيل أن من غير المفروض أن تخل هيئة الناخبين بفرائض العداة الشعبية التي تباشرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الافتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيراً ما تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستثنائية ذاتها قد تجاوزت حدود الدستور. فلا يكون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملاً مخالفاً للدستور، بل واقعاً في إطار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بنوع الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاستفتاء على الأخص على ضوء ما نشهده من أن الجماهير كلما تبصر بنفسها الآثار الخطيرة التي ترتبها القوانين الاستثنائية، ولا تحبط بأبعادها وآثارها في محيط للعلاقى القانونية التي تنقسم بنتها.

(و) والذين لا يدركون مخاطر القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، يتصورون أن اللجوء إليها لا يكون إلا في الأمل من الأحوال، ويتكاسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقاً مألوفاً لتخطي السلطة التشريعية، وأنها تتناول كل موضوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يستنزع بالاستفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التي تنجر منها القوانين التي تطرح فيه، وعلى الأخص تلك التي يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاستفتاء معادلاً في أثره لحرية التشريع La liberté de légiférer التي لا يتمتع البرلمان بها بالنظر إلى تنقيد بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستثنائية والنظر في اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

(ز) والتميز في مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين الميادة الوطنية المباشرة وغير المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تسوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور يشوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقاً في الأوساط الفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يفضى إلى اجتهاد خاطئ.

(ح) والقول بأن القوانين التي تفتزع عليها السلطة التشريعية، هي تعبير غير مباشر عن السيادة الوطنية التي لا يجوز أن يحرفها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستثنائية التي تقرها الجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر وبغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية مقيدة في هاتين الصورتين بالدستور ما بقي قائماً لم يعدل.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور القائم بغيره إلا أن شرط ذلك- في غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يتقيد تحليلها للدستور، بالإجراءات التي رسمها.



ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية، تقحم الهيئة القضائية في حلبة السياسة بدورها المعقدة، ومزلقها الخطرة، وغابتها المتشابكة. ذلك القوانين البرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها على مجال الفصل في دستورتها - كمجرد تطبيق لفظي لنصوص الدستور. ولكنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة في أولها وتياراتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن الشرعية الدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عوامل قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية، تتدخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية في اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تعبيراً في الفراغ عن مفاهيم يتدخلها القضاء وكأنهم يعيشون في أبراجهم العلى.

و) أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تطبيقية وتصويبية في آن واحد، فإذا أخل بالدستور قانون ووفق عليه في استفتاء عام، ظم ينج منها<sup>(١)</sup>.

تلك هي المأخذ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة على الشرعية للدستورية.

وتخفيفاً من غلوها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لا زال يملك بعض الأساليب في مواجهة هذه القوانين، تأسيساً على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز الطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي تخول المجلس حق إيداء رأيه في المرسوم المنظم للصيغة الاستثنائية، وكذلك في نصوص القانون الاستثنائي بعد عرضهما عليه من الحكومة، وقبل طرح موضوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتاءهم فيه<sup>(٢)</sup>.

Le décret relatif à l'organisation des opérations de référendum et le texte de la loi référendaire.

(١) انظر في الاستفتاءات الموجهة إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية:

Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e édition, 173- 179.

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يمنع المجلس الدستوري مرحلة من نشر أوله هذه، إلا أن المجلس يترك للحكومة حرية نشر قراراته الاستثنائية تلك أو عدم نشرها.

وآراؤه هذه وإن لم تكن فصلاً قضائياً في المسائل التي نتناولها، وإما تتمحض عن آراء إستشارية خالصة<sup>(١)</sup>. Purement legislative إلا أن بإمكان المجلس الدستوري الفرنسي، أن يرفض إبداء رأيه في الطريقة التي تدلر بها العملية الاستفتاءية، وأن يرفض كذلك إعلان نتائجها ليجبض المبادرة التي اتخذتها الحكومة في شأن استفتاء المواطنين في موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها في كافة للتدابير التي تتخذها في شأن الاستفتاء لضمان انتظامها La régularité des operation de referendum. وهو بذلك ينبهها - حال إصرارها على استفتاء يناقض الدستور - إلى أنه لن يرفقه، وإن يعلن نتيجته، ليضع الحكومة في موقف شديد للصعوبة قد يؤثر المواطنين ويستقطبهم ضدها<sup>(٢)</sup>.

(١) C. C. dec. 1960, Regroupement national, R.p. 67.

(٢) ويلاحظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه في الطريقة التي صيغ بها أسئلة المطروح في الاستفتاء، وقد يعيد تركيبه بمناسبة نظره في مشروع القانون للمستفتى عليه. انظر في ذلك تطبيق الأستاذ Lauchaire عضو المجلس الدستوري الفرنسي السابق على نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي وذلك في ص ١١٠٧ - ١١٠٩ من مؤلف عنوانه:

“la constitution de la Republic française, “Analyses et commentaires sous la direction de franco, is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e edition, 1987.

الفصل السادسالإحراف في استعمال السلطة التشريعيةالمبحث الأولالمفهوم العام لمساءلة استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه الحقوق على اختلافها -كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية، وفي حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دلترا في فراغ، وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم نكل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصده منها.

ويفترض بالتالي في كل قاعدة قانونية، تنبيها لأغراض تستهدفها. ذلك أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفا إليها، كحرمان الأشخاص الذين يحدرون من عرق محين -ويقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتهان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الانتجاع، ودور للهو، وحطلق الحيوان، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسية تشريعية منهجية تنسم بالحزم في تنفيذها، والغلو في اقتضاها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أضمر المشرع هدفا غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور<sup>(١)</sup>.

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غائيا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداة ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة ألزمه بالحضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -في مجال تنظيمه للحقوق- أن يختار أكل التبود عليها وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التي يبتغيها.

ويتعين بالتالي ألا يتغيا القانون غير الأغراض التي يأذن الدستور بها أو التي لا يعارضها. فإذا حرم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور في توجيهه الوجهة التي صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهرياً، ولا عنصراً وحيداً في تشكيل أحكامه، تبين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التي خالطتها، والتي كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها في اعتبارها.

وتعتبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متألّفة فيما بينها، لا تتماهى أو تتأكل، بل تتجاس في معانيها ويتضافر في توجهاتها. ولا وجه بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها. ذلك أن إيفاء الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفرض العمل بها في مجموعها. وشرط ذلك انسجامها وتربطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينحزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجميعها<sup>(١)</sup>.

بما مؤداه أن شمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وترتبط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوءها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبذل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها انحرفا منها عن الحدود التي فرضها الدستور على وظائفها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥/٣ - ص ١٤٣  
من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

### المبحث الثاني

#### الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يتعين للتمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قسدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبليغها لها، وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مدخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالفها.

وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وقرير الحداية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعد بيعضها، وتنضمها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المنصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، منفصلة ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن حددا قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوما لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوباً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلتقيها على البعض أو المزاياء التي يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور -ولو أقر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع- ألا تتفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس واهياً.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصل اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتغياها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتناقض للدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتميز كذلك التمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع، ويبلور على ضوءها النصوص القانونية التي أقرها.

أولاً: أغراض تشريعية لا تتناقض الدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تتلقاها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملامتها؛ ولا أن تتحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تطل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكفيها -وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها- أن تبشر اختصاصاتها التشريعية مسئلة في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، وسائل منطقية تصلها بها<sup>(١)</sup>.

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية، موداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة، وحسبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتزم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمان حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور التكاثر الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكاثر، لا متافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٣/٢٦ - ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدین لها، وكلها فوق القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتهان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظلمها ليضفى حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <حين غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيرا بنواحي التقصير فيه، مؤديا إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تحقق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، وأن النظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجبا قويا كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إهمالا أو تحرقا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التي ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، نظليا لحقيقة أن الشؤون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد ينعكس بأدقها مترجما بطموحاتها إلى الوراء<sup>(٢)</sup>.

٩٣٠- وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لقواه، وأحرأها

(١) انظر في ذلك المادة ٨٢/د من قانون العقوبات التي تفرض عقوبة جناية ثقيلة على من يذيعون في الخارج عن عمد أخبارا كاذبة تمس هبة الدولة واعتبارها.

(٢) لل قضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٢/١٤٥- ص ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأقلها تقييدا للحرية، وأكثر المصالح ثقلا في مجال ضمانها<sup>(١)</sup>.

كل ذلك بافتراض مشروع هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغیر مصلحة واضحة لها اعتبارا<sup>(٢)</sup>.

٩٣١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخولها أن تزن بنفسها -بمعاييرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تتلّش بواجبها أو تخوض في دوافعها، ما تقرره في ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواجبها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -في غاياتها- تعتبر قيّدا على السلطة التنفيذية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وإن خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التي يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قولها وفق الأغراض التي يستتبعها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدربها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التي استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور في غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر تحرفا عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التنفيذية.

(١) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠/٧ -ص ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٤/٤٧ -ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٢٨ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٢/١٢، ١٤ -ص ١٧٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١١ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة ٦/١٥، ص ٢١٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ صعيدية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٤/٢٠ -ص ٣٦٠ من الجزء السابع.



٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تكس عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن تبنيتها أملافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غالبا يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج القانون من رحمها.

٩٣٣- وإذ تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسمى إليها. وهو ما يؤكد أن انحرافها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قصديا.

ذلك أنها تستر عمدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور أبطنها في نفسها، وكان لها أثر في توجيهه الوجهة التي صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هذا المعان لموامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تبيد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر أو في أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا في شأن المعاهد التنظيمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا لتأثير في العملية التنظيمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كصون صحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع<sup>(١)</sup>.

ففي هذه الفروض، يتخذ القانون في ظاهرة سمنا مخالفا لحقيقة النوايا التي أبطنها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا في مظهره، ملوثا واقعا في

(١) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة - بما في ذلك السود - قد يملح الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تصل بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويشير بالتالي لقلق يتعين تجنبها. بيد أن الخوض في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرافق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عندئذ انحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة.

مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن ترددها على أعقابها، وأن تبطل كل قانون اقترح بها، على تقدير مجاوزة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهراً أم مستتراً

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المعتذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها -ولو في بعض جوانبها- أغراض مخالفة للنصوص الدستورية في غاياتها

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون مائلاً في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواء، ولا أن يكون أثر هذا الغرض في تكوين بصوص القانون جوهرياً أو رئيسياً. وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبياً.

المبحث الرابعنحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التعميم إلى التأصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، نعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التي قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل في مجال تطبيقها، ووفق شروط سريانها في حق المخاطبين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وأثرا ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الآثار التي ترتبها القاعدة القانونية، تنصل بضمونها، وأن آثارها هذه تتمثل في تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالي فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها؛ إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التي ترتبها في محيط العلائق القانونية، يتمثل في أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصودا منها ليحدد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التي تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تظل رقيتها على حالها، فلا تنكص بجل غير مشروع يتوخى تبويرها. ومن ثم تحدد الأغراض التي يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطاق تطبيقها وآثارها.

والقاعدة القانونية التي تحظر هدم المباني التي لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثا قوميا لا يجوز التفریط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والآثار التي يترتبها.

والقاعدة القانونية التي تقضى بأن كل مقطوعة يتعين أن يكون تصريحها لعادتها من أعلى نقطة فيها، لا يحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التي تتوخاها، والتي تتمثل في أن يكون توثيق المقطورة للجو أكل وطاء.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التي لها دور في تكوين القواعد القانونية التي تنصل بها، وفي تحديد آثارها. ويكدر اتفاقها والأغراض التي يتوخاها الدستور، تتحدد دستوريتها.

والذين يقولون بأن الأغراض التي يتوخاها المشرع تدخل في إطار مسائل التقدير التي لا يجوز الخوض فيها، ينتسبون أمرين:

أولهما: أن الأغراض النهائية للمستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية لقرها، تبطلها ولو خالفها غرض مشروع في بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأثر الذي كان للغرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والأثار القانونية التي تترتبها.

### المبحث الخامس

#### مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يثبتها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها، أي كان قدر الصعوبة التي قد تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، ولما كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحريها لها.

وعالما ما تتوصل إليه الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو نتائجها واقعة مبهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة معلومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان يدلي به أحد المسؤولين في شأن حقيقة الأغراض التي يترخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواعثها المخالفة للدستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي نمول إليها أو التي نسجها ورفضها لعدم جاذبيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتنفها. كل من يقر المشرع قانونا بقصد تقييد الهجرة التي أطلق الدستور الحق فيها، إضرارا بحرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالفها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها. وإقرار المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقييدا ملطقتا لتكلفتها، واتصالا معقولا بالأغراض التي يتوخى تحقيقها، ولانتفاء بدليل أهل وطأة من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشككية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أخل بمضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تعين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولوية النظر في الأوضاع الشككية التي يتعين إفراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستقصاء المخالفة للشككية ثم للموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مطالبها، وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية ترددها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجلبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتحان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساءتها استعمال السلطة التي تعد عيباً قسدياً يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرها، ليوحيها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توختها للنصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من تواطؤ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تصفاً لنواياهم التي يتعذر إثباتها، مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر، وأن إثباتها بطريق غير مباشر يأتى على الأخص من تقصى السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تصد إهراق المؤجرين بأعباء يخل بها التوازن المنطقي في العلائق الإجارية بينهم وبين المستأجرين<sup>(١)</sup>. ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية ولقعة مجهولة من واقعة معلومة بما يجعل الواقعة المعلومة موطناً للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كأن تستبطن من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وانصرافها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن لرقابة القضائية على الأغراض التي تنغيها السلطة التشريعية، بقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانقاصها من مهابتها ويليقيها في بؤرة الصراع السياسي، مردود بأن الجدة القضائية لا تتصل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائماً في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه - بالصفحة التي أفرغ فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام نبه المشرع أمداً طويلاً في إطار مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الإكراه يمثل ظلماً فاحشاً لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجعون عليهم مصالحهم منكثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها - في كثير من جوانبها - حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفاً حقاً ما كان يجوز الإضرار بها.

التأخيرين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إتهامهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه، هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد اتهام أعضاء هذه السلطة بالتكليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تكين بواعثهم، لا يثير شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهيئهم، ولا تقدم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تبأشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة نوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

المبحث السادسفائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو يواضعها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض في الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول في الأغراض التي تتوخاها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويمجزها عن تحقيق مهامها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التي تبطل الجهة القضائية تشريعاتها لسوء استعمال السلطة، قد تميد إصدارها بذات أهدافها السابقة للباطلة بعد إلباس تشريعاتها الجديدة، ثوبا بذاقض حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتهما- لا يجردان الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتي:

أولا: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل في أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التي أبطلتها المحكمة لسوء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لسوء استعمال السلطة ثم إيدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعا من التحقق مما إذا كان ثوبها الجديد، ساترا للأغراض المعيبة ذاتها التي كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ في اعتباره حقوق المخاطبين بها، والذين أضرروا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة في أن للسلطة التشريعية دوما أن تقرر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التي تتناولها قانون سابق قضى ببطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكفلها الدستور. وحرثتها في ذلك لا قيد عليها.

ثانيا: إخفاء المشرع لنواياه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون أبطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يعامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة المخالفة للدستور واستصحابها.



وهو افتراض لا يجوز أن ينتقض إلا إذا قام الدليل على نبذ السلطة التشريعية للفرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التي صدر القانون القديم في ظلها، أو تبدلت القيم من التقيض إلى التقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

وتدخل الجهة القضائية في العملية التشريعية على هذا النحو، ليس محبياً. ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يمنعها من تقييم قانون آخر طابق القانون الأول أو مخالفه، أو كان قريباً من أحكامه.

ولها أن تعتمد في هذا التقييم على السياسة التي تنتهجها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يعطيان الانطباع في كثير من الأحيان بأن الأغراض التي توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تثير الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إبطال القانون الأول الباطل بقانون جديد يصدر في إطار غرض مشروع، كثيراً ما يكون ضئيلاً.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن القاعدة القانونية المخالفة في مضمونها أو في الآثار التي ترتبها للدستور، هي قاعدة لا نفاذ لها، فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية أبطلتها المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية يحميها الدستور لمخالفتها نصوص الدستور في أغراضها الكلية، يحل عملاً عديم الأثر. ولو ألبس المشرع القاعدة الجديدة التي أعاد إصدارها، ثوباً يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التي تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفزها دليماً على إخفاء حقيقة نواياها، وبذل كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالي من كل معلومة أو بيان يعينها على تقييم هذه النوايا لتتهزم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي تبنتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غض البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية في سبرها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التي تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التي قد تدبنها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لفرض رقابتها الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور في الأغراض التي

يحميها، يشيئها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التي حلفوها على احترام الدستور؛ إلا أن الحقيقة التي لا يجوز إهمالها، هي أن السلطة التشريعية قد تفر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور في غاياتها.

ويتعين بالتالي أن تبطلها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين في تأكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية في حماية أنفسهم مما يشيئهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جليا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم كثيرا كبيرا من الحذر في وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة

## المبحث السابع

ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذا كان واجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور في كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التي بصونها، فإن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالي قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بنصر غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابي في تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motivation أو متغشيا Dominant motivation<sup>(١)</sup> في نصوص القانون جميعها. وإنما يكفي أن يكون مؤثرا في المحصلة النهائية للعملية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المناقضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية لتصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قائمة في ذلك الوقت إقرار القانون.

وكما بأن لجهة الرقابة القضائية أن القانون في غرضه لا يوفق الدستور، تبين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشبوها وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تبين أن تكون بواعثه الجديدة نقية من كل للوجوم<sup>(٢)</sup>.

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التي تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موافقة للدستور. وإنما تتحقق دستوريته بموافقتها لأحكامه وتبنيدها كذلك بمقاصدها.

ذلك أن ما ينبغي أن يركز القضاء عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يناقض الدستور، وإنما يتعين أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة<sup>(٣)</sup>. ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض توخاها الدستور، بصمها بإساءة استعمال سلطتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التي اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية التي أثار في تكوينها غرض غير مشروع، وهو ما يعتبر كافيا لإبطالها، ولو كان

(١) الغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأصل التشريعية التنظيمية، وإنما يتفق بالقرارات للردية التي تصدرها الإدارة.

(٢) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review, 1971, pp. 95-131.

(٣) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كافلا تحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تربو سواءتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تنفى سوء استعمال السلطة باعتبارها عيبا لا يجوز الخلط في تحققه بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر في النصوص القانونية التي يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيدا بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائي صحيحا من النصوص القانونية، ينحصر في تلك التي توافق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التي يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التي توافق نصوص الدستور في شكليتها وأسسها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس في مجموعهم. فضلا عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة في أغراضها لنصوص الدستور في غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن في تحديد مضمونها، وأن تعيبها على هذا النحو يكفي لإبطالها، ولو قارنتها بعض الآثار التي أفاد المواطنون منها.

المبحث الثامنالطبيعة القصدية والاحتياطية لحيب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تتناقض النصوص القانونية الدستور من أوجه ثلاثة ترتبها على النحو الآتي، وبمراجعة أن ترتيبها فيما بينها لا يعنى ترجحها وعلو بعضها على بعض. وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالفها ثمة عوار مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تتطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تقتول بعدئذ عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفاً لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوار من طبيعة موضوعية، تبين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنظر فيما إذا كان هذا القانون منطوياً على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلسل، وإنما نتقدم بعض أوجه العوار التى تقارن النصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة للدستورية.

فنتحقق للجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضيه الدستور من المشرع أو تخلفها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصحبها المشرع فى قولها للشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بخير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو إصدار رئيس الجمهورية لقرار بقانون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستورياً فى هذا النطاق، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى تتطلبها الدستور فى العملية التشريعية كإقترح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيباً شكلياً يال من النصوص القانونية، ويقفدها مقوماتها، وينعدم به وجودها، فلا تكون لها ثمة حياة على صعيد العلاقات القانونية، لتعامل هذه النصوص باعتبارها مواتاً ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كلتاهما:

لأولهما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تتطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلاً بإقترحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً

بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية، أو بتفويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم أصلاً إلا بها، ولا يكتمل وجودها في غيبتها.

ومن ثم صرح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا في عوار موضوعي، يفترض اكتمال وجود النصوص المطعون عليها، وينحل بالتالي قضاء ضمناً بصور هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التي تطلبها للدستور فيها<sup>(١)</sup>.

١٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تطلبها للدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العيين لا يعتبران بالضرورة عيين قصديين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع في المخالفة للدستورية وتعمدها، أم كان قد دخل فيها إهمالاً أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضاً، لا قصداً.

وهو ما تؤكد المحكمة للدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تنتاول -بين ما تشمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصوداً لبتداء، أم كان قد وقع فيها عرضاً<sup>(٢)</sup>.

ولا كذلك الطعن في النصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن هذا الطعن ينحل عيباً غائباً مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. وبتمحض هذا الطعن كذلك عيباً قصدياً على تقدير أن مجاوزة السلطة هي إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بخير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها، متوخياً بها تحقيق أغراض تناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها في النصوص القانونية التي ألفها، تعين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك في أن الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر -في كل صور- عيباً احتياطياً لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

(١) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية -جلسة ١١/٧/ ١٩٩٢ -خاتمة رقم ٦/٥ -ص ٥٠-٥١ من المجلد الثاني من الجزء الثاني من أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -خاتمة رقم ٢/٢٠ -ص ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضرورون من النصوص القانونية إذا تضر عليهم تجريدها من جهة مخالفتها لنصوص الدستور في جوانبها الشكائية والموضوعية.

٩٤٢- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التي يقرها، هي التي يتعين أن تستجيبها الجهة القضائية بغیر تردد يقدها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى الفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل في اعتباره كافة العوامل التي كان يجب أن يدركها ويبصرها في تنظيمه لموضوع ما، وإنما تكحصر مهمة الجهة القضائية التي تفصل في سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان المشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر في تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحدد على ضوء هذه المقابلة منطقة التعارض أو التوافق بينهما.

وكلما كان الغرض غير المشروع دور في تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تعين إبطالها، ولو لم يكن هذا الغرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإلما أثر في بعض جوانبها.

وليس شرطاً بالتالي أن يكون الغرض غير المشروع، غرضاً رئيسياً يؤثر بصورة جوهرية في النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضاً وحيداً يحيط بها من كل أقطارها ويتسرب إلى كل جزئية فيها.

### المبحث التاسع

#### أغراض الدستور بين تسميها وتخصيصها

١٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فإن لها أن تبشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التي لا يجوز لها أن تتلصقها في السياسة التي انتهجتها في موضوع معين، ولا أن نخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً، ولا أن نتحل للنصوص القانونية التي تبنتها غير الأغراض المفصولة من إقرارها، ولا أن نتحل خياراتها محل البدائل التي تبنتها السلطة التشريعية التي يكفيها أن تمارس اختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها لنفسها، مرتبطة عقلاً بها<sup>(١)</sup>.

ولا شأن للجنة القضائية بالتالي بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التي تبتور مقاصدها من النصوص القانونية التي أقرتها. ولا كذلك ما لا يأنن به الدستور من أهدافها. ذلك أن توخيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرافاً منها في مباشرة سلطاتها<sup>(٢)</sup>.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن للفصل في دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتقدير ملاءمة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع متناقضة لمقاصد الدستور؛ سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بذواتها.

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الإعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها منها صون الأمن الاجتماعي، ليكون ضمان هذا الأمن غرضاً مخصصاً حدده الدستور.

وقد يكفل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص في نطاق البحوث العلمية، قيداً على سلطته في شأن كل تنظيم يتناولها.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٤/٣٤ ص ٤٩٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- القاعدة رقم ٦/١٤ ص ٧ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.



وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التدخل لمانصرة عقيدة بعينها إضراراً بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضاً بنواتها في مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التدخل على نحو يوجب الصراع بينها. وذلك غرض مخصص حدد الدستور مضمونه ومناه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية إلا بقلوب، وبقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقيداً بعدم انحرافها عن هذا الغرض المحدد، ليبطل القانون الصادر عنها إذا جاوزته.

ففي كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التدخل التشريعي فيها من جهة تحديده للأغراض التي يتعين أن يستهدفها هذا التدخل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضاً بنواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجعلها محورياً لعملها فيما نقره من القوانين في إطار هذه الدائرة؛ إلا أن ندرة النص عليها في الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بنواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نقضتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرافها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون تنقض أو جاوز الغرض المخصص بالدستور.

وليس ثمة فارق بالتالي، لا في الطبيعة ولا في الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما نقره من القواعد القانونية؛ وبين تعمدتها الخروج على صور بنواتها من الخير العام حددها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة في ثوبها النضفاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقض ذلك الأغراض المحددة التي يرسمها الدستور للسلطة التشريعية في دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بنواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هي المفهوم الأعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التي يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للغرض الأعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور في الحالتين - انحرافاً في استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالي بأى خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص فى الدستور فى مسائل بعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلقاء المفاضلة التى تجريها بين البدل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص فى الدستور. ومن ثم تكون سلطتها فى نطاق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيباً غائباً يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء فى مفهومها الأثمل أو فى مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبنيها، إلا أن اختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وواقعاً فى حدود سلطتها التقديرية. وهذه الوسائل هى النصوص القانونية التى تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلاً بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

### المبحث العاشر

#### العلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها

#### وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

٩٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حده الدستور لها في موضوع ما، مؤداه انفصال تشريعاتها عن سببها، بما يبطلها لبطلان سببها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن من المفترض في كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ في الأشكال التي نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وشمة فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة في تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. فوقع اضطراب بخل بالأمن العام، واقعة تدخل السلطة التنفيذية للتدخل لقمعه. بيد أن التدابير التي تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالفها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالي ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التي وجهتها أصلا واقعة لا شبهة في مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تدخل السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهةها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام. بيد أن السلطة التشريعية قد تتمسك وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتزيد على متطلباتها، لتكون للتدابير الزائدة مخالفة للدستور.

(١) كالقول بأن ما تنص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ من أن الصحافة حرة في تحود القانون، وأن أية صحيفة لا يجوز إنذارها أو وقفها أو إغلاقها إلزاميا إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي، مؤداه أن الدستور حدد أغراضا بذواتها على السلطة التشريعية ألا تحد عنها، وإن استبدلتها هذه الأغراض يختبر سببها لتدخلها، فإذا جاوزتها بالنصوص القانونية التي أقرتها، تعين إبطالها لبطلان سببها. أنظر في ذلك رسالة الدكتور عبد العظيم عبد الحميد إبراهيم شرف -عنونها المعالجة التشريعية والسياسية للانحراف التشريعي- ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما مؤداه أن لكل واقعة أثر في توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم، هي التي تبين ما إذا كان متفقاً أو مختلفاً مع الدستور.

وكذلك الأمر في سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها لموضوع معين، قد تكل على وجه انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية من خلال تكبيها لغرض مخصص حدده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة في ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها في الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تتفصل الواقعة التي تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التي يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التي ينوؤها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسؤولين عن العمل العام، يظل مشمولاً بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريراً. ولا يجوز بالتالي أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التي ينظم بها للمشرع حرية التعبير، وإلا تعين تعييبها بمخالفة الدستور.

### المبحث الحادي عشر

#### خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حددت المحكمة الدستورية للطيا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا وعيبا قصديا ينعين أن يكون الدليل عليه وشيا بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا لحرالفا عنها<sup>(١)</sup>.

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا في تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها في القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق طيا "مستورية" خاض في نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التي قام عليها، منتها من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

٩٤٨- وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور المنهري بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمان استقرارها حتى لا تزعزعا عيوب تثير شكا في مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضا يتوخاها، فإذا خالفها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلبس المشرع النصوص القانونية بما ينال حقيقتها بأن يصبها في شكل قواعد مجردة لا تمتد موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بعد تطبيقها عليها مجال لعملها<sup>(٣)</sup>.

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. "مستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - القاعة رقم ٨٩/٥ - ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق. طيا "مستورية" التي رفعت صحتها إلى تلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٧/٤/٢٣ والتي طعن فيها على القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعالجة شهادة المساحة بشهادة القانون والصناعات نظام حديث.

(٣) انظر في ذلك، مقالة كتبها الدكتور المنهري في مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية - تحت عنوان "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

١٤٤٩- والأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفيا وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية المسلم بها، ولو لم يرد نص بها<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها في تنظيم الحقوق ستارا لإخفاء نواياها في الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأنصار، وإرهاقها بعض الممولين، وإيهابها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديد لها لشروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفا لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تتعارض القيم التي لحضنها، وتخل بالأغراض التي يتوخاها في مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق في تنظيمها، وتوخي قصها أو إصابتها بأفدح الأضرار تحقيقا لسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية عن حقيقة وظائفها التي تلزمها بأن تتجرد في كل قاعدة قانونية تقررها، عما يعتبر تظيها أو تشبها أو تسلطا بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل لنواء بشيئها.

وتلك منطقة لا يجوز في إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بفرقاء لا تصطفهم، ولا أن تعد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التي ترتبها القاعدة القانونية، والأضرار التي تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال النوايا التي تبطنها، والتي ترتد على القواعد التي ألوتها بالنظر إلى تأثيرها في محصولتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التي تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل في موافقتها أو مخالفتها لأغراض كفلها الدستور.

ومن ثم صح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيبا غائيا وقصديا في آن واحد.

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد -لراقبة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري- مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ -عامش ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. موداه مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض يضمنها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلا. كذلك فإن للنظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، موداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العوار جميعها التي تترك في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فلذا قام واحد منها، كان ذلك كلفيا لنقض القانون<sup>(١)</sup>. ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يغير خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يؤخذ القول بتحرفها في استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتغياها، فلا تنقضها بما يجعل نواياها عيبا على الدستور.

(١) فلذا طرد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يجرون بها عن مناهضتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير بتقديم انحرافاتها في استعمال السلطة.

### المبحث الثاني عشر

#### إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتزعم السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها في استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، ولا تتعلل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، ولأن المشرع اختار أسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة نقلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بعينها، غير مقصود بالنظر إلى ذواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التي يستهدفها المشرع، بالفترض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بذواتها تنقيها، ولا تكون المشروعية إلا وصفاً جامعاً بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكمل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تتاولها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها<sup>(١)</sup>.

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدها مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تتوخاها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فلذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلاً كمصادرة آراء والنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع كصون الأمن- وسيلة لا جدال في مخالفتها للدستور، كفض الرسائل البريدية بغير إذن

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن من ١١٦٩ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -القاعدة رقم ٢/١٠٣ من ١٣٤٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٥/٤ -القاعدة رقم ٤٣ ١٥١ ص ٥٧٤ من جزء السابع.



قضائى، أو كل هذا البديل أكثر إرهاباً للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع فى ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص فى الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلاً- وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للنسور بقصد تحقيق أغراض، لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتفتيهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساعته استعمال سلطتها، ثابتاً يقيناً.

ويتعين بالتالى التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يألن النسور بها، ولكن السلطة التشريعية قننتها بتشريعاتها انحرفاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

### المبحث الثالث عشر

#### إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تكور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها -وجودا وعدما- مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تقره من القواعد القانونية. فما كان منها كافلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم المشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتبنيها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواه. وهذه الأغراض وحدها التي قصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نفى عندها في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، ولما يفصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضى إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تدل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجو العام الذي أحاط بها ولهما حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدوان المشرع على حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور. فإذا تفول المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة مبنئ لنية، بل كان خطؤه راجعا إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حددها قواعد الدستور التي لا تجبر العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها سواء من خلال هدم نواتها أو الحد من نطاق الانتقاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسيما أم كان محدودا، فإن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التي تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليعطي حقوق المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه في حماة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تعده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو أبس المشرع قانونا لقره ثوبا من المصلحة العامة، فإن إخفاء الأغراض الحقيقية التي توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التي يلتمسها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التي تقرها السلطة التشريعية في شكل قواعد مجردة لتستتر تعلقها بأشخاص بذواتهم تقصد إلى الإضرار بهم أو تنوخي منجمهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض في السلطة التشريعية هو تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالي على الصغار التي تكفها إليها الأهواء الشخصية ميلا أو ضغينة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيفتها إلى غير الأغراض التي يقتضيه الدستور منها، ليسقط بالتالي افتراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مجاوزة السلطة يتصل في الأعم بالنوايا التي أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يطن عن نواياه الحقيقية التي غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجبا على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غلية الأمر بشأنها. ويقوم واجبا في ذلك لا من خلال النظر في ظاهر هذه النصوص - إذ القرض أن المشرع أخفى نواياه الحقيقية بشأنها وألبسها غير ثوبها الدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لا يستها ما كان منها سابقا عليها، أو معاصرا لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القرائن التي تشي بنوايا المشرع التي أبطنها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها<sup>(١)</sup>، والعجلة المريبة في تمريرها، والاهتاف على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذين برروها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص للقانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعينها في نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يخطها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلاقات الإيجارية - بالصيغة التي أفرغ النص المطعون عليه فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا في إطار من مفاهيم جائزة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجهذ الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجعون عليهم مصالحهم، متكثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعواها بها حدود الضرورة التي أملت<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك النزعة السياسية الانتهازية للقانون رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٠ المحل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقي بكثير من أساتذة الجامعة في عرض الطريق.

(٢) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية - دستورية - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٥ - ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

### المبحث الرابع عشر

#### الأهمية الحقيقية لجيب إساءة استعمال السلطة

٩٥٥- لئن قررت المحكمة الدستورية العليا - المحكمة العليا - بأن النصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطن، نقل كثيرا من أهميته السلبية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة انقلاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتهما: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببعض في أن واحد، ليكون القانون - في مضمونه - مخالفا للدستور ومشوبا في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالتقيد الذي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توخيها لفرض غير مشروع. مثلها في ذلك مثل التقيد الذي يرهق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج اجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تناقض الدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية ولتتأصلها لها من أطرافها. وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحدتت به بواعثها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجا فاضحا كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائيا؛ فإن هذا القانون - وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور - إلا أنه يعتبر مخالفا مباشرة لنصر المادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزء لا يتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم تتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غمط حق لهم من خلال النصوص القانونية التي أقرها في صورة مجردة .

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوي على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور<sup>(١)</sup> وهي مخالفة تكفي وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التي لا يسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور<sup>(٢)</sup>.

ويتعين القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور شكليا كان أو موضوعيا- لازمها أن تتقدم المخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيئة أو باعتبار بعض المسؤولين في مجال انتقاد طريقة أداتهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصليا، ويكتسى كذلك بغرض غير مشروع . إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا للتدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور تتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

(١) وفقا لنص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو للقواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب لاختصاص بإقرار القوانين والقوانين التي تشير اليها هذه المادة هي التي ترفع أحكامها في شكل نصوص قانونية تنسم بالعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانونا في شكل قواعد عامة مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون. فإن ذلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

وإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يؤثر فلذلك في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفاً في أن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومتشحا كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتعليق حق المواطنين في الاجتماع على ترخيص، يناقض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الاجتماع يتوخى أن تكون الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يمدحونها، فإن مصادرة المشرع للحق في الاجتماع، يكون كذلك مثوباً بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيدها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الاغراض التي يتوخاها.

### الفصل السابع

#### الدولة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة

#### لحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تنور قضية كبرى حول ما إذا كان لاختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي أوردتها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين، أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو الحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور يكتل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكتفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطا للائتناف بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلا لنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية.

إذا نظمها المشرع تنظيما قاصرا، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالا بضمانتها التي هيأها الدستور لها. وفي ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراع المخول لكل مواطن، مؤده أن يكون لصوته القيمة ذاتها التي منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تنهيا لكل مواطن مكنة حقيقة بفاضل من خلالها بين المرشحين المترشحين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ومكان الحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكتل حينها وإصالتها؛ وأن يحيطها بكل ضمانات تعزز مصداقيتها؛ وأن يكتل كذلك المترشحين عليها حقوقا يتساوون بها في فرص الفوز بمقاعد، وعلى الأخص



من خلال تنظيم حدود الأموال التي تنتفق فيها، وبيان مصادرها وأوجه إنفاقها؛ ألا يقسم المشرع الدوائر الانتخابية على نحو يكتل تمزيق أصوات المعارضين وتشتيتهم.

وقد يتصور البعض أن اشتغال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا للتنظيم متكاملًا، وناتجًا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يعتريه قصور يتحصل في أن الحملة الانتخابية قد تتحور نتائجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع صلا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما تعد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي لى بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجههم إلى صناديق الاقتراع لأگون من الضغوط يرزحون تحتها مما يخل بحيثها. وهو ما يتحقق إذا لم ينسبط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءاً من الفيد في الجداول الانتخابية، ومروراً بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار الناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءاً ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الأحيان عملاً فردياً بل تصرفاً من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغنم يلمسونها. وهي مغنم لا شأن لها بأراء جديدة آمنوا بصحتها وغيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ماشهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها المهيمن، حتى إذا ما فازوا في الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، وانضموا إلى حزبها سعياً وراء مغنم يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -وليس إيماناً منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تعوير لإرادة الناخبين التي أعطتهم نعتها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

علمهم غير تزوير لهذه الإرادة يمثّل من كل الوجوه إيدال الأصوات للصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تنيير الفائز في الحملة الانتخابية للصفة التي انتخب على أساسها، هي لقاعدة، سواء كان التغيير من مستقل إلى حزبي أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون في العملية الانتخابية بناء على صفة بذاتها كانت محل اعتبار الناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فيهم أن يحتفظوا بهذه الصفة التي أدخلها الناخبون في اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروا فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى<sup>(١)</sup>.

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmers and political tendencies would be rendered meaningless.

وفترض اكتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التي تمنع تحويل إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا للقصور إغفالا تشريعا مخالفا للمستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مرده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالي مخالفا للمستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق، إذا خلا من النصوص القانونية التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبتها وحتى الفصل فيه.

وهي ضمانة تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يحد فيها الدفاع، بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم رولو بكفالة غير مغالية فيها- إذا كان هذا الإفراج مبررا كأن يكون لازما لتحصير وثائق تكسح التهمة وتقيها.

بل إن حق الدفاع يخل كذلك في كل محاكمة اختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكفل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن بها الحقوق التي كفلها سلطة

(١) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهوده الذين يتفون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها.

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال، هو عين الجزاء المقرر على المحولان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لمبدأة القانون، كغلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهجمها من الأوراق وأقوال الشهود، فلا يكون بديان الخصومة متحيقاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكافة عناصرها<sup>(١)</sup>.

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٥ و٣٤ من الدستور من عدم جواز فرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها؛ وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية؛ وألا يبدل المشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوازيمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بشمارها أو ملحقاتها أو منتجياتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحيلها أعجاز نخل خاوية. ذلك أن الملكية هي المزاي التي تنتجها. فإذا انقض المشرع عليها، أخلها صريماً، سواء كان عدوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتنظيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق اللجوء إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية. وليس فقط تقرير كل ضمانة قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي.

(١) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٨/٣/٧ - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ١٣٣ - ص ١١٠٧ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة

أولاهما: أن تؤول المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توفق الدستور والقانون، وتضع حدا نهائيا للحولان على حقوق الأفراد وحياتهم التي وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تقتزن هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا، واقتضاها بقوة المطلقة من المزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طوعية واختيارا.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحلها إلى فراغ عقيم.

٩٦- وضمان الدستور للحرية الشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديمقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة؛ وألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق التقياس، وألا يجعل المشرع اشخاصا بذواتهم مسئولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية للتحكمية، سبيلا إلى إعفاء النيابة من إثبات ركن في الجريمة لا تقوم إلا به، أو من تولف لأحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقر المشرع جزاء جنائيا رجعا، وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به؛ وألا ينقذ الحرية الشخصية بغير الوسائل للقانونية السليمة؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالظر إلى سموتها أو إلى مداخلتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تماسكها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتولف بها لكل محاكمة منصفة، مطلبتها حتى لا تفتل موزينها<sup>(١)</sup>.

فإذا أغفل المشرع في دائرة الجريمة والعقاب، شيئا مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التي أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التي ارتقى بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالي مخالفا للدستور، وباطلا<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أن لبعض العقوبات -عقوبة الإعدام- تنظيم خاص بالنظر إلى خطورتها، كأن يصدر الحكم بغرضها بالإجماع، وبعد التحقيق من عدم تولف ظرف يقارن الجريمة ويخفف عقوبتها، ويشترط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات القضائية الكاملة، وأن يعرض هذا الحكم على محكمة الطعن بقوة القانون، فإذا سها المشرع عن شيء مما تقدم، كان ذلك إغفالا مخالفا للدستور.

(٢) يفترض هذا الإغفال، أن يكون الدستور قد سكنت عن إيراد النصوص القانونية التي تمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يعني بداية عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية الشخصية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنية الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار برادته الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولداً؛ وأن يلحق أبناؤه بالمعاهد التعليمية التي يراها أوفى لثقتهم؛ وللحق في تربيتهم خلقياً ودينياً؛ وللحق في ضمان تربية الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ وللحق في النفاذ إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحل بضمانها، صار هذا القانون مخالفاً للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغضاه.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمان حرية التعبير، يفترض ألا تعاق وسائل مباشرتها، وأن تتعدد طرائق التعبير؛ وأن تكون الأفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزاً يحول دونها؛ وأن تقتزن بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصاهر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفسحون عنها أو يتلقونها، أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمن يريد أن يطردها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحيرياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها الدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحيرياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. لذلك عدوان عليها وإمتنان لها لا يعطيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما تقرره في هذا المقام ليس من حق نحكم العقل، وإنما هو تعويل لكل ضمانة كفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تتصل هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، لتنتهي لها فرائض وجودها، وبما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تهم في فراغ، ولا تنعدم أو تنقلص الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقياً بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها<sup>(١)</sup> لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمها أن يحيط المشرع -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها، فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا للقصور سواء أصابها في نواتها Nucleus<sup>(٢)</sup> أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وترابط أجزائها.

وكما يبطل كل نص قانوني جاوز به المشرع حدود الدستور سواء في أولمه أو نواحيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تعمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ لسنة ١٩٨٨/٣/٧. لقد قضى منطوق هذا الحكم، بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٢، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة في مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة في ذلك، على أن إخلال أحد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار الواجبين فيه، أو بواجبات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه قانوناً. وإسناداً إليه ينبغي أن يكون مسبوقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويمحص أدلتها مع ضمان الفرص الكافية التي يقتضيها سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق مبسراً أو مجرداً من ضمان موضوعيته، بل وإيها أمينا. وهذه الهيئة التي قام عليها قضاء الحكم المتقدم، نل على أن إغفال المشرع تقرير ضمانة كفلها الدستور، بصم بالبطالان النصوص القانونية التي تقتصر بها من متطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص ١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة، بعد أن سقط سهواً من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

(٢) نواه الحق شبيهه ببزرة الضوء التي يروو وجود الحق بنطفاتها.

|     |                                                                      |                 |
|-----|----------------------------------------------------------------------|-----------------|
| ١   | تقديم                                                                |                 |
| ٨   | الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية                             |                 |
| ٨   | تمهيد                                                                |                 |
|     | ﴿ الكتاب الأول ﴾                                                     |                 |
| ٧٠  | الأسس العامة للرقابة على التشريعية الدستورية                         |                 |
|     | *** الباب الأول ***                                                  |                 |
| ٧٠  | الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية                       |                 |
|     | •• الفصل الأول ••                                                    |                 |
| ٧٠  | الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها                             |                 |
|     | •• الفصل الثاني ••                                                   |                 |
| ٧٦  | الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور                        |                 |
|     | •• الفصل الثالث ••                                                   |                 |
| ٨٤  | بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها                             |                 |
| ٨٥  | : أصل ترتد إليه الفروع التي يجمعها.                                  | • المبحث الأول  |
| ٩٠  | : فروع يجمعها أصل واحد.                                              | • المبحث الثاني |
| ٩٢  | : نصوص في الدستور ترشح لحقوق لائن عليها فيه.                         | • المبحث الثالث |
|     | •• الفصل الرابع ••                                                   |                 |
| ٩٤  | الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها                              |                 |
|     | •• الفصل الخامس ••                                                   |                 |
| ١١١ | الرقابة القضائية على الدستورية: ملغضاتها                             |                 |
| ١١٠ | : الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية.                             | • المبحث الأول  |
| ١١١ | : لدول للشمولية.                                                     | - المطلب الأول  |
| ١١٢ | : لدول السلطوية.                                                     | - المطلب الثاني |
| ١١٤ | : أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي.                            | - المطلب الثالث |
| ١١٤ | : للنظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية.       | - المطلب الرابع |
| ١١٦ | : نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين | • المبحث الثاني |

|     |                                                                                                                               |                     |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|
| ١٢٢ | : الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.                                                            | • المبحث الثالث     |
| ١٣٧ | : نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية.<br>• الفصل السادس •                                                        | • المبحث الرابع     |
| ١٤٩ | : الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية<br>• الفصل السابع •                                                          |                     |
| ١٦٥ | : الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها                                                                      |                     |
| ١٦٥ | : خصائص القواعد التي ينطبقها الدستور.                                                                                         | • المبحث الأول      |
| ١٦٦ | : الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية.                                                                                           | • المبحث الثاني     |
| ١٦٩ | : ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية.                                                                               | • المبحث الثالث     |
| ١٧١ | : النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية.                                                                                   | • المبحث الرابع     |
| ١٧٤ | : المحجة المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن مخالفة النصوص<br>القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً.<br>• الفصل الثامن • | • المبحث الخامس     |
| ١٧٥ | : الرقابة القضائية على الدستورية : موجهاتها                                                                                   |                     |
| ١٧٦ | : المبادئ القضائية.                                                                                                           | • المبحث الأول      |
| ١٧٩ | : مقاصد آباء الدستور.                                                                                                         | • المبحث الثاني     |
| ١٨٢ | : القانون الطبيعي.                                                                                                            | • المبحث الثالث     |
| ١٨٥ | : التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم.                                                                                     | • المبحث الرابع     |
| ١٨٧ | : المصادر العرفية.                                                                                                            | • المبحث الخامس     |
| ١٨٨ | : دروس للتاريخ ومعلومات للقانون العام.                                                                                        | • المبحث السادس     |
| ١٩٠ | : القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها.                                                                                   | • المبحث السابع     |
| ١٩٣ | : الخبرة العرفية للقضاة وفلسفتهم.                                                                                             | • المبحث الثامن     |
| ١٩٦ | : حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم.                                                                            | • المبحث التاسع     |
| ١٩٨ | : الاهتمام بالأدلة التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها.                                                                  | • المبحث العاشر     |
| ٢٠٠ | : نصوص الدستور في لغتها وتفسيرها.<br>• الفصل التاسع •                                                                         | • المبحث الحادي عشر |
| ٢٠٢ | : بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها                                                                           |                     |
| ٢٠٢ | : الخلفية التاريخية للاستاذ المصري.                                                                                           | • المبحث الأول      |
| ٢٠٥ | : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها.                                                              | • المبحث الثاني     |
| ٢٠٩ | : رقابة الامتثال عن تطبيق القانون المناقض للدستور                                                                             | • المبحث الثالث     |
| ٢١٠ | : خضاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية.                                                           | • المبحث الرابع     |
| ٢١١ | : حياض ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها                                                                              | • المبحث الخامس     |
| ٢١٢ | : عرض محكمة عليا : تنقذ                                                                                                       | • المبحث السادس     |



- ٢١٤ : إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور. • المبحث السابع
- ٢١٥ : خصائص بنیان المحكمة الدستورية العليا. • المبحث الثامن
- ٢١٨ : تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا. • المبحث التاسع
- ٢٢٠ : موقع المحكمة الدستورية العليا من النظمين الأوربي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين. • المبحث العاشر
- الفصل العاشر •
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بغروع للقانون • المبحث الأول
- ٢٢٣ : الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، وللنصوص القانونية كالة. • المبحث الثاني
- ٢٢٦ : الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي. - المطلب الأول
- ٢٢٦ : المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي. - المطلب الثاني
- ٢٢٧ : محووض النصوص الجنائية والمساواة. - المطلب الثالث
- ٢٢٩ : ضوابط دستورية العقوبة. - المطلب الرابع
- ٢٣٨ : في الجريمة للمنية وغير الممنية. - المطلب الخامس
- ٢٤٢ : في رجعية القانون الأصلح للمتهم. • المبحث الثالث
- ٢٤٦ : الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي. - المطلب الأول
- ٢٤٦ : ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها. - المطلب الثاني
- ٢٥١ : أصل البراءة. • الفرع الأول
- ٢٥١ : افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي. • الفرع الثاني
- ٢٥٣ : تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة. • الفرع الثالث
- ٢٥٣ : أحوال لا يجوز أن ينتفى فيها أصل البراءة. • الفرع الرابع
- ٢٥٦ : الطبيعة القانونية لأصل البراءة. - المطلب الثالث
- ٢٥٧ : ضوابط التحقيق وللصفي في الاتهام الجنائي. • المبحث الرابع
- ٢٦٣ : الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي. - المطلب الأول
- ٢٦٣ : الضريبة أهم روافد القانون المالي. - المطلب الثاني
- ٢٦٤ : طبيعة التوفيق الضريبية. - المطلب الثالث
- ٢٦٥ : قانون الضريبة. • الفرع الأول
- ٢٦٧ : التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية. • الفرع الثاني
- ٢٦٩ : خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط المحلة الاجتماعية. • الفرع الثالث
- ٢٧٠ : حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكييفها. • الفرع الرابع
- ٢٧١ : الضريبة من جهة أثارها الأصلية والرضية. • الفرع الخامس
- ٢٧٢ : الضريبة والاستثمار. • الفرع السادس
- ٢٧٣ : المترمون بالضريبة والمسؤولون عنها. • الفرع السابع
- ٢٧٤ : لنواها.

|     |                                                                           |                    |
|-----|---------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| ٢٧٥ | : رجحيتها.                                                                | * الفرع الثامن     |
| ٢٧٦ | : مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها.                    | * الفرع التاسع     |
| ٢٧٧ | : التفويض في فرضها.                                                       | * الفرع العاشر     |
| ٢٧٨ | : لوجه إنفاذها.                                                           | * الفرع الحادي عشر |
| ٢٨٠ | : الضريبة والزكاة.                                                        | * الفرع الثاني عشر |
| ٢٨٠ | : ربط الضريبة بالدخل كأصل عام.                                            | * الفرع الثالث عشر |
| ٢٨٢ | : الحدالة الاجتماعية كقيد الضريبة وغيرها من الأعباء المالية.              | * الفرع الرابع عشر |
| ٢٨٤ | : دستوريته.                                                               | * الفرع الخامس عشر |
| ٢٩٨ | : الجريمة الضريبية.                                                       | * الفرع السادس عشر |
| ٣٠٢ | : الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري.                          | * المبحث الخامس    |
| ٣٠٢ | : مباشرة الإدارة لمسلطتها للاتحكية.                                       | - المطلوب الأول    |
| ٣٠٢ | : اللوائح التنفيذية.                                                      | * الفرع الأول      |
| ٣٠٣ | : اللوائح التفويضية.                                                      | * الفرع الثاني     |
| ٣٠٤ | : لوائح الضرورة.                                                          | * الفرع الثالث     |
| ٣٠٦ | : نطق سريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية.                          | - المطلوب الثاني   |
| ٣٠٦ | : القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مرافقتها دستوريا.                  | * الفرع الأول      |
| ٣٠٨ | : امتناع تحسين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية.                     | * الفرع الثاني     |
| ٣١٠ | : سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة.                            | - المطلوب الثالث   |
| ٣١٠ | : المرافق العامة من حيث ماهيتها.                                          | * الفرع الأول      |
| ٣١٢ | : سلطة المرافق العامة في توقيع الحجز الإداري لاقتضاء حقوقها.              | * الفرع الثاني     |
| ٣١٣ | : جواز الحجز على أموال المرافق العامة.                                    | * الفرع الثالث     |
| ٣١٥ | : العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة.                    | * الفرع الرابع     |
| ٣١٦ | : عمال المرافق العامة.                                                    | * الفرع الخامس     |
| ٣٢٩ | : اتصال الرقابة القضائية على الدستورية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام. | * المبحث السادس    |
| ٣٣١ | : المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام.                       | - المطلوب الأول    |
| ٣٣١ | : المعاهدة الدولية - مفهوم.                                               | * الفرع الأول      |
| ٣٣٢ | : المعاهدة الدولية - قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها.                        | * الفرع الثاني     |
| ٣٣٣ | : المعاهدة الدولية - مرتبتها.                                             | * الفرع الثالث     |
| ٣٣٣ | : المعاهدة الدولية - الرقابة على دستوريته.                                | * الفرع الرابع     |
| ٣٣٤ | : المعاهدة الدولية - لتتفظ عنها، والانسحاب منها.                          | * الفرع الخامس     |
| ٣٣٥ | : المعاهدة الدولية - صلتها بالأعمال السياسية.                             | * الفرع السادس     |
| ٣٣٦ | : المعاهدة الدولية - تنفيذها.                                             | * الفرع السابع     |
| ٣٣٧ | : المعاهدة الدولية - وحدتها وتجزئتها.                                     | * الفرع الثامن     |
| ٣٣٨ | : المعاهدة الدولية - حرية التعبير                                         | * الفرع التاسع     |

|     |                                                                            |                    |
|-----|----------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| ٣٣٩ | : حقوق غير المواطنين في حدهما الأدنى وصلتها بقواعد لقاتلون الدولي العام.   | - المطلوب الثاني   |
| ٣٤٥ | : قواعد القتلون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية في تشكيلها وبيان مضمونها. | • المبحث الرابع    |
| ٣٤٦ | : حق الملكية.                                                              | - المطلوب الأول    |
| ٣٤٦ | : مفهومها.                                                                 | • الفرع الأول      |
| ٣٤٦ | : جذورها.                                                                  | • الفرع الثاني     |
| ٣٤٧ | : أهميتها.                                                                 | • الفرع الثالث     |
| ٣٤٧ | : القيود عليها.                                                            | • الفرع الرابع     |
| ٣٤٩ | : منابها الشرعية.                                                          | • الفرع الخامس     |
| ٣٥٠ | : سقوط الحق فيها.                                                          | • الفرع السادس     |
| ٣٥٠ | : فرض الحراسة عليها.                                                       | • الفرع السابع     |
| ٣٥٢ | : حرية التملك.                                                             | - المطلوب الثاني   |
| ٣٥٧ | : حق العمل.                                                                | - المطلوب الثالث   |
| ٣٥٧ | : خصائص هذا الحق.                                                          | • الفرع الأول      |
| ٣٦٠ | : الشروط الموضوعية للحق في العمل.                                          | • الفرع الثاني     |
| ٣٦١ | : الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل.                             | • الفرع الثالث     |
| ٣٦٢ | : الحمل على العمل.                                                         | • الفرع الرابع     |
| ٣٦٢ | : الحق في الأجر العادل.                                                    | • الفرع الخامس     |
| ٣٦٤ | : القيود على الحق في العمل.                                                | • الفرع السادس     |
| ٣٦٦ | : الحرية للتأنيب لسمال القطاع الخاص.                                       | • الفرع السابع     |
| ٣٧١ | : حق الحصول على العمل.                                                     | • الفرع الثامن     |
| ٣٧٣ | : معاش العامل ليس بديلا عن أجره.                                           | • الفرع التاسع     |
| ٣٧٤ | : حماية صحة العامل وألمه الاجتماعي.                                        | • الفرع العاشر     |
| ٣٧٤ | : حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية.                             | • الفرع الحادي عشر |
| ٣٧٦ | : قانون الأحوال الشخصية.                                                   | - المطلوب الرابع   |
| ٣٧٩ | : نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور.                                 | • الفرع الأول      |
| ٣٧٩ | : لفتتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلافية.                             | • الفرع الثاني     |
| ٣٨٠ | : حق ولي الأمر في الاجتهاد.                                                | • الفرع الثالث     |
| ٣٨١ | : حضنة الصغير.                                                             | • الفرع الرابع     |
| ٣٨٢ | : في مسائل الولاية ل النفس.                                                | • الفرع الخامس     |
|     | ♦♦ الفصل الحادي عشر ♦♦                                                     |                    |
| ٣٨٤ | : الرقابة القضائية على الدستورية                                           |                    |
| ٣٨٤ | : لقواعد الكلية التي تحكمها.                                               | • المبحث الأول     |
|     | ♦♦ الفصل الثاني عشر ♦♦                                                     |                    |
| ٤٠٣ | : الرقابة القضائية على الدستورية، ولشكل الصراع في الدولة                   |                    |
| ٤٠٣ | : صور الصراع على السلطة والحقوق.                                           | • المبحث الأول     |

|     |                                                                 |                 |
|-----|-----------------------------------------------------------------|-----------------|
| ٤٠٨ | : مزايًا تحويل النزاع السلسلي إلى نزاع قانوني.                  | • المبحث الثاني |
| ٤١١ | : الرافضون لطبع الحياة السياسية بالمستور.                       | • المبحث الثالث |
| ٤١٣ | : القائلون بخضوع الحياة السياسية للمستور.                       | • المبحث الرابع |
| ٤١٥ | : المزاوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي.      | • المبحث الخامس |
|     | : انعدام الصراع السياسي في مصر.                                 | • المبحث السادس |
|     | • الفصل الثالث عشر ••                                           |                 |
| ٤٢١ | الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديموقراطية           |                 |
| ٤٢١ | : السلطة المفودة كضمان نهائي للحرية.                            | • المبحث الأول  |
| ٤٢٢ | : الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للمستور. | • المبحث الثاني |
| ٤٢٧ | : انهيار مفاهيم سيموقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.           | • المبحث الثالث |
| ٤٢٩ | : دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديموقراطية.          | • المبحث الرابع |
| ٤٣٤ | : تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية.                 | • المبحث الخامس |
| ٤٣٩ | : أثر المفاهيم الديموقراطية على المحكمة الدستورية العليا.       | • المبحث السادس |
|     | • الفصل الرابع عشر ••                                           |                 |
| ٤٤١ | الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها                    |                 |
| ٤٤١ | : تنوع مصادر الشرعية الدستورية.                                 | • المبحث الأول  |
| ٤٤٤ | : التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها.              | • المبحث الثاني |
| ٤٤٧ | : تعاون الوثائق الدستورية لا تناقضها.                           | • المبحث الثالث |
|     | • الفصل الخامس عشر ••                                           |                 |
| ٤٥٢ | الرقابة القضائية على الدستورية في حدودها الداخلية والخارجية     |                 |
| ٤٥٢ | : مناهل الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية.      | • المبحث الأول  |
| ٤٥٦ | : الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية.            | • المبحث الثاني |
| ٤٦٠ | : نظرية الخطأ الظاهر.                                           | • المبحث الثالث |
|     | • الفصل السادس عشر ••                                           |                 |
| ٤٦٦ | الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين توسيعها وتضييقها      |                 |
| ٤٦٦ | : مضمون العملية الحقيقية للمستور.                               | • المبحث الأول  |
| ٤٧٢ | : للمراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.    | • المبحث الثاني |
|     | • الفصل السابع عشر ••                                           |                 |
| ٤٧٧ | المراجعة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية              |                 |
| ٤٧٧ | : حظر هذه الرقابة في فرنسا.                                     | • المبحث الأول  |
| ٤٨٠ | : الرافضون للفصل في دستورية القوانين الاستثنائية.               | - المطلب الأول  |
| ٤٨١ | : المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية.           | - المطلب الثاني |
| ٤٨٣ | : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية. | - المطلب الثالث |

• الفصل الثامن عشر •

٤٨٤

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

• الفصل التاسع عشر •

٤٩٣

أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٤٩٧

: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.

٤٩٧

: الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صور القانون.

٤٩٧

: الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية.

٥٠٠

: الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها.

٥٠٤

: خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا.

٥١٠

: الرقابة القضائية على دستورية القوانين البرلمانية قبل تطبيقها.

٥١٣

: الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية.

٥٢١

: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية.

٥٢٦

: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.

٥٢٦

: لقائون بالطبيعة القضائية لإنشاط المجلس.

٥٢٧

: لقائون بالطبيعة السواسية لإنشاط المجلس.

٥٣٠

: ترجيح الطبيعة القانونية لإنشاط المجلس على طبيعته السواسية.

٥٣١

: ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها.

٥٣٧

: لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا.

• الفصل العشرون •

٥٤٣

الرقابة القضائية اللاحقة أو القاسية

• الفصل الحادي والعشرون •

٥٤٩

الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

• الفصل الثاني والعشرون •

٥٥٤

الرقابة القضائية على الدستورية في مصر

• الفصل الثالث والعشرون •

٥٧٣

الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية

٥٧٣

: فرائض الديمقراطية.

٥٧٥

: التعددية.

٥٧٥

: التعددية محل الديمقراطية وضرورة التقدم.

٥٧٨

: التعددية قيمة دستورية.

٥٨٠

: تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها.

٥٨١

: ضرورة اللزوم على القيم التي تطوّر الدستور.

٥٨٦

: الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تطوان الدستور.

٥٨٨

: كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحريته.

٥٨٩

: حق الملكية كقيمة عليا.

• المبحث الأول

- المطلب الأول

• الفرع الأول

• الفرع الثاني

• المبحث الثاني

• المبحث الثالث

• المبحث الرابع

• المبحث الخامس

• المبحث السادس

- المطلب الأول

- المطلب الثاني

- المطلب الثالث

- المطلب الرابع

• المبحث السابع

- ٥٩٠ : تقييم علم القيمة التي تطو النماذج
- ٥٩٦ : ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للدستور
- ٦٠٠ : التدخل إلى حق الاقتراع
- ٦٠١ : القيود على حق الاقتراع
- ٦٠٢ : خصائص حق الاقتراع
- ٦٠٢ : ضوابط مباشرة حق الاقتراع
- ٦٠٤ : إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع
- ٦١٠ : ضمان مصداقية العملية الانتخابية
- ٦١٦ : الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحريتهم
- ٦١٦ : أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها
- ٦١٨ : الحبوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها
- ٦٢١ : امتناع تولى أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً تناقض طبيعة عضويتهم بها وترغهم لها
- ٦٢٥ : ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية
- ٦٢٧ : حدود الحصانة البرلمانية
- ٦٣٤ : حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود
- ٦٣٥ : شروط جواز التفويض
- ٦٣٧ : صور التفويض
- ٦٤٤ : التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية
- ٦٥٢ : للتفويض في غير الضرورة الاستثنائية
- الفصل الرابع والعشرون •
- ٦٥٦ : شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية
- ٦٥٨ : خصائص الخصومة الدستورية
- ٦٦٠ : الخصومة المختلفة بالتكبير والتواضع
- ٦٦٢ : الخصومة الحقيقية
- ٦٦٨ : الخصومة العرضية أو المجردة
- ٦٧١ : الخصومة التي لم يكتل نضجها
- ٦٨١ : انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية
- ٦٨٥ : امتناع النصل في خصومة لم تستكمل بياناتها
- ٦٩٠ : امتناع النظر في خصومة دستورية لم تنصل بالجهة القضائية التي تنصل فيها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها
- ٦٩٧ : طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا
- المبحث السابع
- المبحث الثامن
- المطلب الأول
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- المطلب الثاني
- المبحث التاسع
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- المبحث العاشر
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث
- المبحث الرابع
- المبحث الخامس
- المبحث السادس
- المبحث السابع
- المبحث الثامن
- المبحث التاسع

- المطلب الأول : الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ٧٩٧
- المطلب الثاني : الأوامر المنطوقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن ٧٠٠
- المطلب الثالث : الأوامر الوقائية ٧٠٥
- المطلب الرابع : الأحكام التقريرية ٧٠٥
- المبحث الأخير : عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قراراً بها ٧٠٩  
فيها
- المبحث السادس عشر : امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرافعها فيها مصلحة شخصية ٧١٣  
مباشرة
- المطلب الأول : عناصر المصلحة الشخصية المباشرة ٧١٨
- المطلب الثاني : رابطة السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائياً ٧٢٨
- المطلب الثالث : الدفاع عن حقوق الآخرين ٧٣٢
- المطلب الرابع : مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع ٧٣٩
- المبحث الثاني عشر : امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية ٧٤٦
- المبحث الثالث عشر : امتناع مخاصمة للنصوص القانونية التي أفاد الطاعن من مزايها ٧٤٩
- المبحث الرابع عشر : امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها ٧٥١
- المبحث الخامس عشر : امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها ٧٥٣
- المبحث السادس عشر : الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا ٧٧٧
- الفصل الخامس والعشرون
- رقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون ٧٨٩
- المبحث الأول : اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي ٧٨٩
- المبحث الثاني : الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة ٧٩٢  
الدستورية العليا
- المطلب الأول : الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي ٧٩٣
- المبحث الثالث : لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية من خلال تفسيرها تفسيراً ٧٩٦  
تصريحاً
- المبحث الرابع : طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية ٧٩٨
- المبحث الخامس : طبيعة التفسير التشريعي وأثره ٨٠٠
- الفصل السادس والعشرون
- الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية ٨٠١
- المبحث الأول : التداخل بين السلطين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق ٨٠١
- المبحث الثاني : بعض أحكام المعاهدات الدولية ٨٠٥
- المطلب الأول : دستورية المعاهدة الدولية ٨٠٥

|     |                                                                                                |                 |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| ٨٠٧ | : مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة                                   | - المطلب الثاني |
| ٨٠٩ | : التفاوض على المعاهدة الدولية                                                                 | - المطلب الثالث |
| ٨١٠ | : تفسير المعاهدة الدولية                                                                       | - المطلب الرابع |
| ٨١٥ | : العلاقة بين المعاهدة والقانون                                                                | - المطلب الخامس |
| ٨١٨ | : المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني                                                          | - المطلب السادس |
| ٨١٩ | : المعاهدة الدولية ونظرية الأفعال العينية                                                      | - المطلب السابع |
| ٨٢١ | : إنهاء المعاهدة                                                                               | - المطلب الثامن |
| ٨٢٤ | : المسائل التي تنظمها المعاهدة للدولة                                                          | - المطلب التاسع |
| ٨٢٥ | : الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها                      | - المطلب العاشر |
| ٨٣١ | : ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا<br>♦♦الفصل السابع والعشرون♦♦ | • المبحث الثالث |
| ٨٣٥ | حدود سمو الدستور                                                                               |                 |
| ٨٣٥ | : تعديل الدستور                                                                                | • المبحث الأول  |
| ٨٣٦ | : القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل                                                           | - المطلب الأول  |
| ٨٣٨ | : القيود المتعلقة بموضوع التعديل                                                               | - المطلب الثاني |
| ٨٣٩ | : للتأسيس على الدستور                                                                          | - المطلب الثالث |
| ٨٤٠ | : الثورة على الدستور والثورة على الثورة<br>♦♦الفصل الثامن والعشرون♦♦                           | • المبحث الثاني |
| ٨٤١ | الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور                                          |                 |
| ٨٤١ | : الشكالية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور                                   | • المبحث الأول  |
| ٨٤٥ | : التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين المضوية<br>♦♦الفصل التاسع والعشرون♦♦          | • المبحث الثاني |
| ٨٤٩ | الرقابة على الدستورية وضمن حرية التعاقد                                                        |                 |
| ٨٤٩ | : حرية التعاقد بوجه علم                                                                        | • المبحث الأول  |
| ٨٥٨ | : قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد<br>*** الباب الثاني ***                    | • المبحث الثاني |
| ٨٧١ | للشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية<br>♦♦الفصل الأول♦♦                            |                 |
| ٨٧١ | الدولة وأزماتها الخطيرة                                                                        |                 |
| ٨٧١ | : طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي                            | • المبحث الأول  |
| ٨٧٦ | : قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي                                         | • المبحث الثاني |
| ٨٧٦ | : كيفية إنفاذ حكمها                                                                            | - المطلب الأول  |
| ٨٧٨ | : حقيقة التباير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي                      | - المطلب الثاني |
| ٨٨٠ | : زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التباير التي تنصل بها                                        | - المطلب الثالث |



- ٨٨٢ : دور البرلمان لإن تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي
- ٨٨٥ : تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها
- ٨٨٩ : نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها بقوم الشرعية في مدارجها العليا  
• الفصل الثاني •
- ٩٠٠ : السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية لإن الحكم العرفي
- ٩٠٠ : عنها
- ٩٠٥ : الحالة الطارئة من حيث مداها
- ٩٠٨ : لخطوط الحريضة للحالة الطارئة
- ٩٠٨ : الأحكام العرفية في فرنسا
- ٩١١ : حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر
- ٩١١ : أساسها من الدستور
- ٩١٥ : مواجعتها بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨
- ٩١٦ : انتهاء حالة الاستعجال
- ٩١٧ : خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية
- ٩١٩ : تقييم حالة الاستعجال
- ٩٢٦ : موقف القانون المعلن من حالة الاستعجال
- ٩٢٧ : اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحلها إليها رئيس الجمهورية  
بعد إعلان حالة الطوارئ
- ٩٢٩ : ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام  
• الفصل الثالث •
- ٩٣١ : سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها
- ٩٣١ : خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها
- ٩٣٣ : الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة
- ٩٣٥ : الآثار التي تترتبها الحرب على حقوق الأفراد
- ٩٤٤ : اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية
- ٩٤٧ : تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب
- ٩٤٩ : مظاهر استعمال سلطة الحرب
- ٩٥٣ : حقوق الأقليات المحظية والأقليات المضمومة
- ٩٥٥ : بين إعلان الحرب وإنهائها
- ٩٥٨ : أموال الأعداء وغنائم الحرب
- ٩٥٩ : تويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب
- ٩٦٢ : إعلان الحكم العرفي
- ٩٦٣ : الاعتراض على لحتجاز البدن
- المبحث الثالث
- المبحث الرابع
- المبحث الخامس
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث
- المطلب الأول
- المطلب الثاني
- الفرع الأول
- الفرع الثاني
- الفرع الثالث
- الفرع الرابع
- الفرع الخامس
- الفرع السادس
- الفرع السابع
- المبحث الرابع
- المبحث الأول
- المبحث الثاني
- المبحث الثالث
- المبحث الرابع
- المبحث الخامس
- المبحث السادس
- المبحث السابع
- المبحث الثامن
- المبحث التاسع
- المبحث العاشر
- المبحث الحادي عشر
- المبحث الثاني عشر

|      |                                                                                      |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| ٩٦٤  | المعهد الثالث عشر : الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب                       |
|      | • الفصل الرابع •                                                                     |
| ٩٧١  | الرقابة القضائية على دستورية محكمة للمدنيين أمام المحاكم العسكرية                    |
| ٩٧٣  | • المعهد الأول : الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد في مواجهة سلطة الاتهام        |
| ٩٨٢  | • المعهد الثاني : الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية                       |
| ٩٨٥  | • المعهد الثالث : قانون الأحكام العسكرية قانون خاص                                   |
| ٩٨٨  | • المعهد الرابع : نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية للصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ |
| ٩٨٩  | • المعهد الخامس : جاب المدنيين إلى المحاكم العسكرية                                  |
| ١٠٠٠ | • المعهد السادس : المخاطبون بالنظم العسكرية                                          |
| ١٠٠٥ | • المعهد السابع : خصائص النظم العسكرية وأهدافها                                      |
| ١٠٠٨ | • المعهد الثامن : عو السلطة المدنية على السلطة العسكرية                              |
| ١٠١٠ | • المعهد التاسع : التطبيق العملي للنظم العسكرية                                      |
| ١٠١٥ | • المعهد العاشر : الجرائم العسكرية - ماهيتها                                         |
| ١٠١٨ | • المعهد الحادي عشر : العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية           |
| ١٠١٩ | • المعهد الثاني عشر : صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية                |
| ١٠٢٥ | • المعهد الثالث عشر : تقييم قانون الأحكام العسكرية                                   |
|      | *** الباب الثالث ***                                                                 |
| ١٠٢٩ | القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية                      |
|      | • الفصل الأول •                                                                      |
| ١٠٢٩ | الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية                                       |
| ١٠٢٩ | • المعهد الأول : الضرورة الاجتماعية لمناط التجريم                                    |
| ١٠٣٣ | • المعهد الثاني : تطور القوانين الجنائية                                             |
| ١٠٣٥ | • المعهد الثالث : الجزاء الجنائي - من منظور علم                                      |
| ١٠٣٥ | - المطلوب الأول : مفهوم الجزاء الجنائي                                               |
| ١٠٣٦ | - المطلوب الثاني : معايير سوء العقوبة                                                |
| ١٠٣٧ | - المطلوب الثالث : معايير سوء العقوبة تتصوف كذلك إلى طريقة تنفيذها                   |
| ١٠٣٩ | - المطلوب الرابع : صور من العقوبة القاسية                                            |
| ١٠٤٢ | • المعهد الرابع : المركز الخاص لعقوبة الإعدام                                        |
| ١٠٤٩ | • المعهد الخامس : الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها       |
| ١٠٥١ | • المعهد السادس : معايير وضوابط الجزاء الجنائي                                       |
| ١٠٦٠ | • المعهد السابع : مفهوم الجزاء في فضاء المحكمة الدستورية العليا                      |
| ١٠٦٧ | • المعهد الثامن : القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة                   |
| ١٠٦٩ | • المعهد التاسع : تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية               |

## ● الفصل الثاني ●

### قواعد الشرعية الجنائية

١٠٧٢

١٠٧٢

١٠٨٩

١٠٩٦

١١٠٣

١١٠٣

١١٠٥

١١٠٧

١١١٢

١١١٤

١١١٨

١١١٨

١١١٩

١١٢٤

١١٢٤

١١٣٠

١١٣٢

١١٣٣

١١٣٥

١١٣٦

١١٣٧

١١٣٨

١١٣٩

٤٤٤٠

١١٤١

١١٤٢

١١٤٣

١١٤٥

١١٤٥

١١٤٦

١١٤٩

١١٤٩

: لا جريمة بغير قانون

: حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة

: في جواز أو حظر اللجوء إلى التفران القانونية في المجال الجنائي

: قرائن قانونية مخالفة للنسور، وذلك لاعتراضها للقصد الجنائي

: النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن

: مناطق مسئولية الحائز للبيضات الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتعريضها

: مناطق مسئولية رئيس تحرير الصحيفة

: مناطق علم المؤجر بالسند الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين

مؤجرة

: التمييز بين التفران القانونية وإعمال المسئولية الجنائية بطريق القبول

: قرائن قانونية مخالفة للنسور لخروجها على الأصل في الأشياء

: مناطق مسئولية من يحرص للبيع شيئا فاسداً من أغذية الإنسان

: قرائن قانونية مخالفة للنسور لتعديها على الحق في المعكة

## ● الفصل الثالث ●

### امتناع الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمشوهين والمتهمين

: ضمان الحق في الحصول على مشورة محام

: فعالية الموعنة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

: وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

: نطق تطبيق ضمانات الدفاع

: الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

: الآثار المترتبة على تعويق حق الدفاع

: حقوق المحامين في مواجهة موكليهم

: حق الدفاع قائم في المرحلة للدرجة السابقة على الدعوى الجنائية

: اليقظة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكليهم

: الصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

: امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

: لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

: لا يجوز للتأنيب أن تخفى عن المتهم واقعة تقيده في لحض التهمة

: الحق في الكفالة في المواد الجنائية

: مضمون هذه الكفالة وعلتها

: بطلان المغالاة فيها

: حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه

: مفهوم هذا الحظر

● المبحث الأول

● المبحث الثاني

● المبحث الثالث

- المطلب الأول

\* الفرع الأول

\* الفرع الثاني

\* الفرع الثالث

\* الفرع الرابع

- المطلب الثاني

- المطلب الثالث

\* فرع وحيد

- المطلب الرابع

● المبحث الأول

- المطلب الأول

- المطلب الثاني

- المطلب الثالث

- المطلب الرابع

- المطلب الخامس

- المطلب السادس

- المطلب السابع

- المطلب الثامن

- المطلب التاسع

- المطلب العاشر

- المطلب الحادي عشر

- المطلب الثاني عشر

● المبحث الثاني

- المطلب الأول

- المطلب الثاني

● المبحث الثالث

- المطلب الأول

- ١١٥٠ : الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز **- المطلب الثاني**
- ١١٥١ : الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر . **- المطلب الثالث**
- ١١٥٥ : التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أفل، لا ينالض امتياز حظر الحمل **- المطلب الرابع**
- على الشهادة
- ١١٥٦ : نطق امتياز حظر الحمل على الشهادة **- المطلب الخامس**
- ١١٥٨ : صور من التحقيق لا يشملها الامتياز **- المطلب السادس**
- ١١٥٩ : التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها **- المطلب السابع**
- ١١٦٠ : مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها كهرأ **- المطلب الثامن**
- ١١٦١ : حظر الصل على الشهادة لا يقوم في المواد المدنية **- المطلب التاسع**
- ١١٦١ : أهمية الامتياز **- المطلب العشر**
- ١١٦٢ : المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة **- المطلب الحادي عشر**
- الفصل الرابع•
- ١١٦٤ : القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية
- ١١٦٤ : تنطق هذه القيود من جهة مضمون للقوانين الجنائية وما يتصل بها من صور **• المبحث الأول**
- الجزاء
- الفصل الخامس•
- ١١٧٨ : لقوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها
- ١١٧٨ : شرط الإخطار في القوانين الجنائية **• المبحث الأول**
- ١١٧٨ : للقوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها **- المطلب الأول**
- ١١٧٩ : القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها **- المطلب الثاني**
- الفصل السادس•
- ١١٨٦ : إجراءات ما قبل المحاكمة
- ١١٨٦ : تقييم عام لهذه الإجراءات **• المبحث الأول**
- ١١٨٧ : أهمية الاجراء في المواد الجنائية بوجه عام **- المطلب الأول**
- ١١٨٩ : أهمية الاجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة **- المطلب الثاني**
- ١١٩٠ : مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة **- المطلب الثالث**
- ١١٩٤ : مدخل عام للقبض والتفتيش **• المبحث الثاني**
- ١١٩٥ : استبعاد كل دليل يتلقى من مصدر غير مشروع **- المطلب الأول**
- ١١٩٨ : شروط صحة التفتيش **- المطلب الثاني**
- ١٢٠٣ : التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقتابهم **- المطلب الثالث**
- ١٢٠٦ : الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش **- المطلب الرابع**
- ١٢٠٨ : للقبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من آحاد الناس **- المطلب الخامس**
- ١٢٠٨ : للقبض والتفتيش وفقاً لدستور مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا **- المطلب السادس**
- ١٢١٠ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة **- المطلب السابع**
- ١٢٢٣ : إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل **- المطلب الثامن**

|      |                                                                                  |                 |
|------|----------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| ١٢٢٩ | : الإيقاع بالأخزين                                                               | • المبحث الثالث |
| ١٢٣٣ | : إقرار المشبوهين بالجريمة                                                       | • المبحث الرابع |
| ١٢٣٣ | : طبيعة هذا الإقرار                                                              | - المطلب الأول  |
| ١٢٣٤ | : بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً                                            | - المطلب الثاني |
| ١٢٣٥ | : حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تقربط فيها                                 | - المطلب الثالث |
| ١٢٣٦ | : تطور مفهوم الإقرار بالجريمة                                                    | - المطلب الرابع |
| ١٢٤٠ | : حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق                                                 | - المطلب الخامس |
| ١٢٤١ | : التحقيق في مرحلة الاحتجاز                                                      | - المطلب السادس |
| ١٢٤٣ | : جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة                                       | - المطلب السابع |
| ١٢٤٤ | : الحقوق التي لم تُلغَ نظر المشبوه إليها                                         | - المطلب الثامن |
| ١٢٤٥ | : آثار التحصيل غير المشروع على الدليل<br>• الفصل السابع •                        | - المطلب التاسع |
| ١٢٤٩ | المحاكمة الجنائية المنصفة                                                        |                 |
| ١٢٤٩ | : التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة                            | • المبحث الأول  |
| ١٢٥٣ | : الإفراج قبل المحاكمة                                                           | • المبحث الثاني |
| ١٢٥٩ | : قرار الاتهام                                                                   | • المبحث الثالث |
| ١٢٦٣ | : تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام<br>• الفصل الثامن •                    | • المبحث الرابع |
| ١٢٦٧ | المحاكمة المنصفة                                                                 |                 |
| ١٢٦٧ | : صورتها الإيجابية                                                               | • المبحث الأول  |
| ١٢٧٣ | : الحق في محاكمة سريعة                                                           | • المبحث الثاني |
| ١٢٨٠ | : الحق في محاكمة علنية                                                           | • المبحث الثالث |
| ١٢٨٦ | : دور المحامين في الدعوى الجنائية                                                | • المبحث الرابع |
| ١٢٨٩ | : الحق في محاكمة يتوالى لقضائها الاستقلال والحيثية الكاملان                      | • المبحث الخامس |
| ١٢٩٥ | : حق المواجهة                                                                    | • المبحث السادس |
| ١٣٠٤ | : تشخيص الإتهام                                                                  | • المبحث السابع |
| ١٣٠٦ | : الحق في إبطال الإقرار بالجريمة                                                 | • المبحث الثامن |
| ١٣١٠ | : صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي<br>• الفصل التاسع • | • المبحث التاسع |
| ١٣١٢ | : ضوابط تفسير النصوص الجنائية<br>• الفصل العاشر •                                |                 |
| ١٣١٥ | : الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الاتهام الجنائي<br>• الفصل الحادي عشر •  |                 |
| ١٣٢٢ | : الحماية للقانونية المتكفلة للحق في الحياة                                      |                 |

## \*\* الباب الرابع \*\*

|      |                                                                                                     |                 |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| ١٣٢٩ | القانون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقها<br>♦♦ الفصل الأول ♦♦                                           |                 |
| ١٣٢٩ | امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور<br>♦♦ الفصل الثاني ♦♦                                       |                 |
| ١٣٣٦ | القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم<br>♦♦ الفصل الثالث ♦♦                                    |                 |
| ١٣٤٩ | السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد                                                               |                 |
| ١٣٤٩ | : الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها<br>الدستور السلطة التنفيذية | ♦ المبحث الأول  |
| ١٣٥١ | : نطاق اختصاص السلطة التنفيذية                                                                      | ♦♦ المطلب الأول |
| ١٣٥٢ | : نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان<br>♦♦ الفصل الرابع ♦♦                                      | - المطلب الثاني |
| ١٣٥٨ | الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني<br>♦♦ الفصل الخامس ♦♦                                           |                 |
| ١٣٦٤ | الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم                                                       |                 |
| ١٣٦٧ | : صور الاستفتاء بوجه عام                                                                            | ♦ المبحث الأول  |
| ١٣٦٧ | : صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١                                                             | - المطلب الأول  |
| ١٣٦٩ | : التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص محين                                  | - المطلب الثاني |
| ١٣٧٠ | : الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء                                                               | - المطلب الثالث |
| ١٣٧١ | : الأثر القانوني المترتبة على الاستفتاء                                                             | - المطلب الرابع |
| ١٣٧٢ | : شروط الاستفتاء                                                                                    | - المطلب الخامس |
| ١٣٧٤ | : في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية<br>♦♦ الفصل السادس ♦♦     | ♦ المبحث الثاني |
| ١٣٧٩ | الاحتراف في استعمال السلطة التشريعية                                                                |                 |
| ١٣٧٩ | : المفهوم العام لسوء استعمال السلطة                                                                 | ♦ المبحث الأول  |
| ١٣٨١ | : الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية                                                  | ♦ المبحث الثاني |
| ١٣٨٢ | : التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتلصق بالدستور ومقاصد تشريعية تخالفه                                 | ♦ المبحث الثالث |
| ١٣٨٧ | : نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة                                                        | ♦ المبحث الرابع |
| ١٣٨٩ | : مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة                                                                 | ♦ المبحث الخامس |
| ١٣٩٢ | : فائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها                                                  | ♦ المبحث السادس |
| ١٣٩٥ | : ضرورة التحول في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة                                    | ♦ المبحث السابع |
| ١٣٩٧ | : الطبيعة القصدية والاحتياطية لعبوب استعمال السلطة                                                  | ♦ المبحث الثامن |
| ١٤٠٠ | : أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها                                                                | ♦ المبحث التاسع |
| ١٤٠٣ | : نفعه يبرر بسوء استعمال السلطة التشريعية نوظائفها، وبين الواقعة التي<br>وجهتها لتنظيم موضوع محين   | ♦ المبحث العاشر |

- ١٤٠٥ • المبحث الخامس عشر : خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية
- ١٤٠٨ • المبحث الثاني عشر : إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد
- ١٤١٠ • المبحث الثالث عشر : إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية
- ١٤١٣ • المبحث الرابع عشر : الأهمية الحقيقية لسبب إساءة استعمال السلطة  
 • الفصل السابع •
- ١٤١٦ الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة  
 لحقوق المواطنين وحرياتهم





رقم الامدادع : ٢٠٠٣/٩٥٦٦

الترقيم الدولي : 977-03-1176-6





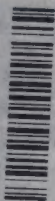




CENTRE REY-JEAN DUBOIS POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

# LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Bibliotheca Alexandrina



0431198



Le Conseiller Dr.

**AWAD EL-MONE**

Ancien Président de la  
Haute Cour Constitutionnelle